ADVOCATA  NOSTRA.

RESPVESTA AL INFORME,

QVE LA CASA DE LA MISERICORDIA HA HECHO EN EL PLEITO, QVE SIGVE CON DON DIEGO DOMONTE Y ERASO.

SOBRE

LA FVNDACION DEL MAYORAZGO,

QVE POR CONTRATO ENTRE VIVOS FVNDARON JVAN DE LA FVENTE ALMONTE, CAVALLERO DE LA ORDEN DE SANTIAGO, Y DOÑA MARIA DE VERASTIGVI SV MVGER.

Y pretende D. Diego se confirme la sentencia del Iuez ordinario.

1 ASE visto el Informe de la Casa de la Misericordia, y quando en èl no estuviera el *numero primero*, y el *numero vltimo*, ni se echaran menos, ni hizieran falta en el papel.

2 Los demas numeros no adelantan la pretension: porque vnos no son del caso, y otros no pruevan lo que la parte contraria pretende; en otros destroça, y despedaça el hecho; y las clausulas de los Autores, tambien se menoscaban; el *numero penultimo* de las Virgines Vestales, se pudiera reservar para otra ocasion.

3 Y ya que en èl, todo se ha dicho con brevedad no afectada, se respōderà a cada numero *sigillatim*; y se harà evidencia del firme, y cierto derecho que tiene Don Diego Domonte a este Mayorazgo, y pretendo que sea con los mismos Textos, y Autores, que en el papel contrario se citan.

4 En el *numero* 1.º entra acusando a los Albaceas (y tengo por cierto que no dà derecho al pleyto esta acusacion) porque no defienden la disposicion testamentaria; escusada quexa, pues estàn escusados los Albaceas: porque no deven seguir pleytos no justos; segun el precepto del I.C. Iuliano *in l. quoties* 10. §. *sicut, vers. nec vtique, ff. de administr. tutor.*, ibi: *Tueri debet causam Pupilli si iusta est.* Y lo fue tambien de Vlpiano *in l. emptorem* 12. *in princ. ff. de action. empt.* ibi: *Quia manifestum fuit servum noxium fuisse.*

5 Y tuvieron por tal este pleyto de parte de la disposicion testamentaria, y hallaron ser contra justicia, y conciencia, y assi no le siguieron por no incurrir en la pena establecida por los Emperadores Valentiniano, y Valente, que mandan quemar vivos a los que siguen pleitos injustos, como se vè en la decision de la *l. vniversi* 19. *C. vbi causa fiscal.* ibi: *Publicè vivus cōcremetur.* Y dixo alli Bald. q̄ merecia esta pena muy bien, *si faciat contestationes iniustas.*

Tam-

6 Tambien hablò con los Albaceas (como con los Abogados) la prematica del Emperador Iustiniano *in l. rem novam* 12. §. *Patroni, C. de iudicijs*, q̃ dize assi: *Non autem credita sibi causa cognita, quod improba sit, vel penitus desperata, & ex mendacibus allegationibus composita esse sciẽtes, prudentesque, mala conscientia litis patrocinabuntur*; y no le bastan al vno, ni a los otros, dezir, que ay opiniõ: porque adhuc, serà la causa improba, quæ colorari potest allegationibus, como alli Acursio.

7 Y como el Tutor deve no seguir pleitos injustos, *dicta l. quoties*, §. *sicut*, tampoco lo deven hazer los Albaceas, pues con igualdad son governados por vna missma regla, y nivel, Glos. *in l. tutela* 16. *verbo Ad alium*, Et in Addit. *ff. de tutelis*. Et Glos. *in l. vxor* 18 §. 1. *ff. ad l. Corneliam de falsis*, Baldus *in l. nulli, num.* 10. *C. de Episcopis & Clericis*, ex nostris Gaspar Baeza *de decima tutorum, cap*, 19. *num.* 22. Palacius Rubius *de donationibus inter*, §. 67. *num.* 16. Y lo tuvo por singular notable Albicio de Albertis *singul.* 262.

8 *Va qui dicis bonum malum, & malum bonum, ponentes tenebras, lucem, & lucem tenebras*, dize el Texto *in capite va* 56. *causa* 11. *quæst.* 3. y fue lamentacion de Esaias en el *cap.* 5. que habla dellos.

9 Y dize la Glossa *verbo requisitus, in cap. brevi* 17. *de iure iurando*, que aunque el Abogado aya jurado de defender la Iglesia, cessa la obligacion del juramento, *Si remordet eum conscientia, quod habeat malam causam, &c.*

10 En el *numero* 3. del Informe contrario se destroza la facultad, y se pone vna clausula despedaçada, y se ha de leer con las que se refieren en nuestro primer Informe *num.* 1. *y num.* 2. *y num.* 3. *y num.* 4. que juntas estas clausulas, se hallarà la verdad; y es, que marido, y muger suplicaron a su Magestad, les diesse licencia para fundar vn mayorazgo en perjuizio de su hija vnica, y que se

la

la concede con las clausulas referidas.

11 Dize la otra parte en el numero 6. *La estampa vulgar de Escrivanos.* Se responde, que es conclusion cierta, que siempre se presume estar puesta de voluntad de parte, Menoch. *lib. 3. præsump. 43. num. 5.* y la clausula *solita*, si se omite, el Derecho la dà por escrita, y puesta, *l. quod si no llit 31. §. quia assidua, ff. de adilitio edicto, l. generaliter, 28. in fine, C. de fideiussorib.* Y en materia de mayorazgo el señor Molina *lib. 4. cap. 11. n. 64.* el señor Castillo *lib. 4. cap. 13. n. 4.* la glossa de la *l. generaliter, verbo Simpliciter.*

12 En el *numero 7.* dize la otra parte, que no se niega por las partes, *Que este vinculo le hizieron los padres de Doña Maria Feliciana en contemplacion suya.*

13 Esto es lo primero que se niega, porque se hizo para los efectos que se contiene en la narracion hecha al Principe, y para lo que los fundadores dixeron en su fundacion, que fue: *Y porque ademas de continuarse, y permanecer la memoria de los primeros fundadores, y sus descendientes, tienen mas comodidad para servir à Dios nuestro Señor, con mejores, y mas piadosas obras, y a sus Reyes, y Principes en las ocasiones que se ofrecen son mejor servidos: en cuya consideracion,* vsando desta facultad, la insertan, *otorgamos, y conocemos, unanimes, y conformes, instituimos, fundamos, y establecemos vinculo, y mayorazgo perpetuo desde oy para siempre jamas*, como se refiere en nuestro primero Informe *num. 32.* Para estos fines se hizo el mayorazgo, como probamos en nuestro primero Informe desde el *num. 25.* hasta el 35.

14 Con admirable ponderacion se estraña lo que dize la parte contraria en el *num. 11.* videlicet, *Que dieron causa al matrimonio que se celebrò entre Don Francisco Domonte y Robledo, y Doña Brigida Domonte y Eraso; padres de Don Diego que litiga, los dos vinculos que hizo el dicho Iuan de la Fuente Almonte, en cada uno de los contrayentes.* Porque esta adivinança no la puede fun-

dar in *lege*, solo la funda in *capite.*

15 Tuviera fundamento si dixera (guiado por principios legales, y de estado) que aquel matrimonio se avia celebrado por conservar en la familia el mayorazgo de la cabeça, que avia recaido en Doña Brigida, y assi fue precisso el buscar el varon mas cercano, que fue su primo segũdo, ex ratione textus in *l. lex qua tutores 22. C. de administ. tutor. §. nec verò*, ibi: *In qua maiorum imagines, aut nõ videre fixas, aut revulsas videre, est satis lugubre*, como se viera si entrara vn varon de otra casa, que quitara las Armas de sus mayores, y pusiera las suyas. Este es el motivo, por no perder vn mayorazgo tan grande, y no dos juros tan pequeños.

16 Ni se puede dissimular lo menguado en la relacion del *num. 16.* donde dize, *Que el Patronato es para dote de parientas*, como parece en la clausula del testamento *fol.* del processo, deviendo añadir, *dentro del quarto grado*, y que D. Diego Domonte, que litiga, y sus hermanas, estàn fuera del quarto grado, y para las que estuvieren dentro dèl, solamente dexa los dotes: con que es fantasia el pensar, que ninguna parienta los puede lograr, aun quando fueran de cantidad, que les pudiera aprovechar para su estado.

17 Ni tampoco dissimularè lo que dize en el *num.* 18. *Que aviendo dos pleitos, vno la Casa sobre tomar possessiõ de la herencia, y otro Don Diego Domonte sobre el mayorazgo, aviendose visto en competencia, consintiò la Casa la acomulacion*: porque no fue assi, antes fue vencido en justicia en este Articulo, y se acomulò contra la voluntad de la Casa de la Misericordia.

18 Lo demas del hecho, que la otra parte refiere, hasta el *num. 21.* tiene las falencias, y defectos que iràn notados adelante en su lugar.

19 Divide la otra parte su Informe en dos capitulos, y en este papel se responderà a ambos, en desvanecimien-

miento de los fundamentos, que la Casa de la Misericordia representa, y en apoyo del firme, y constante derecho, que asiste a Don Diego Domonte para obtener este mayorazgo.

Respondese al Capitulo primero, en que dize, que deve obtener en el juizio possessorio.

20 PAra exclusion de la pretension contraria, y solidez de la justa pretension de Don Diego Domõte, no es menester mas, que leer lo que la parte contraria dize en su Informe desde el *num.* 22. hasta el 33.

21 Reducele a dos puntos. Vno, Que el remedio de la *l. final, C. de edicto Divi Adriani*, es mas pingue, que el de la *l.* 45. *de Toro*, y que concurriendo ambos, es preferido el de la *l. final*, y la inmision de la possession de la herencia, al de la *l.* 45. *de Toro*, que transmite la possessiõ sin acto alguno, *Toto cœlo aberrat*.

22 Dize la *l. final*, que el Iuez meta en la possession de la herencia al heredero de todos los bienes que posseìa el Testador, luego que vea el testamento legitimo, ibi: *Mitatur quidem in possessione earum rerum, quæ testatoris mortis tempore fuerunt*. Y el Santo Rey D. Fernãdo *in l.* 2. *tit*. 14 *p.* 6. dize: *Develo meter en possession, è en tenẽcia de los bienes de la heredad, è de todas las otras cosas que el testador avia, y tenia*. Consonat *l.* 3 *tit*. 13. *lib* 4. *Recop.*

23 Prosiguen ambos textos: pero que serà si huviere contradictor? Y deciden, que sea oìdo plenamente antes de dar la possession, ibi: *Si autem aliquis contradictor existeret, tunc in iudicio competenti causæ in possessionem missionis, & subsecutæ contradictionis ventiletur.*

24 Sin que se le dè la possession, que asi lo dispone el texto, y lo dàn a entender sus palabras, ibi: *Et ei possessio adquiratur, qui potiora iura ex legitimis modis iura ostenderit.* Y si se huviera dado la possession, no dixera:

Et ei possessio adquiratur, que mostrare mejor derecho; sino: *Et ei possessio auferatur, cui data fuit*: porque el contradictor mostrò mejor derecho.

25 Ni tampoco obstarà la palabra: *Sive qui missus est, sive qui anteà detinens contradicendum putabat*: porque verba illa, *Missus est*, se entiende, y deve entender, *mitti desiderat*, como pensò la Glossa *ibi*, y notò Parlad. *lib. 2. rerum quotidianarum, cap. 5. n, 10. vers. 2. conclusio.*

26 Assi entendiò esta ley la Iurisprudencia Española, y lo determinò por decision legal el Principe en la *l. 3. tit. 14. p. 6.* Dize este texto, que si vno pidiesse la possession de la herencia, si otro alguno viniesse ante aquel mismo Iuez, è dixesse, *Que èl avia mejor derecho en la heredad por heredero, ò por otra razon alguna que mostrasse, è que dixesse, que lo queria luego probar, estonce deve el Iuez oir las razones de ambas partes, &c.* Y serà luego, *vel incontinenti*, si en los terminos de la instancia se probare, D. Molina *lib. 3. cap. 13. num. 16.* Paz *de tenuta cap. 23. num. 37.*

27 De forma, que en aviendo contradictor, que luego quiera probar su contradicion, ha de ser oìdo sin que se deva hazer distincion de legitimo, o no legitimo contradictor: porque esta ley quitò la diferencia (que admitiò la especulacion de la teorica) supuesto que dize, q̃ se admita contra el heredero, otro que diga que es heredero, ò contradixere por otra razon alguna.

28 Sed vtcumque sit, aunque estuvieramos en terminos rigurosos de la *l. final*, adhuc Don Diego Domõte es legitimo cõtradictor, como posseedor del mayorazgo fundado por cõtrato de dos (aunq̃ revocada la fundacion por testamento de vno) pues se halla con vn mayorazgo fundado por dos, en escritura publica, que quisieron fuesse irrevocable muerto el vno, como se fundò en nuestro primero Informe *num. 12. & num.* Y tiene assistencia de Derecho, pues tiene la fundacion, y el instrumen-

mento; y la otra parte tiene resistencia de Derecho, notando, que todo quanto puede esforçar su pretension, es pedir la herencia del difunto, a esta no se le pone contradicion: porque se le permite, que lleve la herencia; pero no se le permite, que se lleve vn mayorazgo, que no es herencia; sino cosa que no viene debaxo deste nombre *herencia*, ni quedò por bienes del difunto, sino por bienes *vinculados*.

29 Serà pues la question, si la parte de los bienes que dexò el difunto son suyos, ò agenos, ò vinculados, y aqui serà question de parte *hæreditatis*, no de tota *hæreditate*, y la *l. final* no tiene su influencia en los bienes, que no tenia el fundador, pero no en los q̃ avia enagenado, aunq̃ revocàra la enagenacion: porque se darà la possession del derecho incluso en la herencia, que tiene a la revocacion: pero no de los bienes, cuya enagenacion revocò, porque la enagenacion obrò que no quedassen por bienes suyos.

30 Pero en caso que estuvieramos en la especie que la otra parte pretende, la *l. final* solo obra su efecto en los bienes que dexò el testador, ibi: *Earum rerum, quæ testatoris mortis tempore fuerunt*, y la *l. de la Partida 2. tit. 14. p. 3.* ibi: *En todas las cosas que el testador avia, è tenia à la sazon que finò*, optimè Parladorus *lib. 2. cap. 5. n. 10.*

31 Pues vease aora, si tenia los bienes del mayorazgo por suyos *iure dominij*, como dizen estas leyes, mucho arrojo seria dezir que si, pues en buena jurisprudencia, por la fundacion del mayorazgo, passò el dominio de sus bienes en el primero, y demas llamados, por hazerse irrevocable en vno de los tres casos, que son entrego de escritura, reservacion de vsufructos, causa onerosa, como largamente se fundò en el primero Informe *à num. 43. vsque ad 56.*

32 Segun lo qual, no puede tener execucion la *l. final* en este caso, porque el difunto no posseìa los bienes

del mayorazgo: porque aunque èl juzgò que los posseia, *Nostrum negare, vel affirmare nil ponet in esse, l. assumptio 6. ff. ad municip.* su animo ni quita, ni dà derecho a las partes: lo que se halla por cosa cierta es, que ay mayorazgo fundado por contrato publico; lo dudoso es (en concepto de la parte contraria) si lo pudo revocar, que en el mio no pudo revocarlo.

33 Y esta question no viene en la contradicion, porque Don Diego Domonte no contradize, ni se opone al juizio de la *l. final*, porque està posseyendo judicialmẽte el mayorazgo, y quien se le quiere quitar, y le haze contradicion, es la Casa de la Misericordia, la qual dize, que se ha de dar por nula la possession dada a Don Diego, porque el mayorazgo fue revocado: y en estos terminos hallamos, que al posseedor del mayorazgo se le opone la invalidacion de la fundacion, y aqui cabe muy bien gustar de la propiedad, porque en el juizio de la *l. 45. de Toro*, se trata della: porque aquel remedio *habet admixtam causam proprietatis*, Molina *lib. 3. cap.* 13. *n.* 10.

34 Luego bien procediò el Iuez ordinario, reprobando la excepcion que se oponia contra el mayorazgo en el juizio de la *l. 45. de Toro*, y con su sentencia pronũciò virtualmente por irrevocable la fundacion, dando la possession del mayorazgo al sucessor, sin embargo de la excepcion opuesta de averse revocado.

35 Solo estuvo de mas la reserva de la propiedad; dura parece la proposicion, porque se dirà, que se opone à la *l. 9. tit. 7. lib. 5. Recopilat.* ibi: *Y el pleito se remita à la nuestra Audiencia, en possession, y propiedad*: mas sin embargo me afirmo en la proposicion.

36 Porque esta ley, y esta reserva se entiende quando se tratò solamente del articulo possessorio sumario, sin averse conocido plenamente del derecho de las partes, que si se conocio deste derecho, *habet admixtam causam proprietatis*, como lo enseñò por principio llano

Paz

Paz *de tenuta cap.6. n.3.* enseñado del señor Molina *de primogenijs lib.3.cap.13.ex num.9.*

37 Y por contener este juizio de tenuta por leyes destos Reinos *admixtam causam proprietatis*, y que se conoce *de viribus iustitiæ*, y plenamente por ley mas nueva se revocò la dicha *l.9.tit.7.lib.5.Recopilat.* y por otra ley posterior (considerando, que en el juizio de tenuta se conoce plenamente) se declara, que el juizio de tenuta es possessorio, y que el Consejo haga la remission solamente en la propiedad, *text.in l.10.tit.7.lib.5.Recop.* ibi: *En el nuestro Consejo la remission se haga à las nuestras Audiencias tan solamente en qnanto a la propiedad, y no assimismo en quanto à la possession, como hasta aqui se ha hecho, de manera, que la determinacion del Consejo sea, y se entienda en possession.*

38 Pero esto es, porque al Consejo solo le toca el remedio sumario de la tenuta: porque no le toca (porque quiere que no le toque) el conocimiento destas causas, sino solo de la tenuta, que ya es juizio de possession. Aliud est, quando el juizio de la tenuta no se intenta en el Consejo, sino ante el Iuez ordinario, que tiene omnimoda jurisdicion, Addit. Molina *lib.3.cap.13.n.22.* ibi. *Senatus Supremus circa proprietatem iurisdictionem non habet*, Paz *de tenuta cap.4.nu.18.* ibi: *Nam cum Senatus Supremus super prædicta proprietate iurisdictionem non habeat.* Y ante èl deduxeron las partes sus derechos, y fundamentos de justicia, que en este caso, como el Iuez puede conocer de la causa de la possession, y de la propiedad, y de todas las incidencias, acciones, y excepciones, por ser Iuez ordinario, lo que en el Consejo es juizio de possession, es en el Ordinario de possession y propiedad; lo qual prueba claramente el señor Molina *lib.3.cap.13.nu.16.* & ibi los Addicionadores, & *num.22.* & ibi Addit.

39 Porque la causa de la possession absorbe la propiedad: porque quando el iuizio de la possession mira al de-

derecho de la propiedad, *In hac specie lata sententia super possessorio, parit exceptionem rei iudicatæ super petitorio, l. interdictorum, §. quadam interdicta, ff. de interdictis.*

40 Y supuesto, que aun la parte contraria en su Informe *num.* 23. confiessa (quod est miraculum) que en el remedio de la *l.* 45 *de Toro* se admiten questiones de dominio, esto es lo que passò en este pleito, que pretendiendo Don Diego Domonte la possession del mayorazgo, la contradice la dicha Casa de la Misericordia, diziendo, que no ay mayorazgo, porque està revocado, este es el dominio, y assi juzgò el Iuez en la causa possessoria, gustando el derecho de la propiedad, que se induce en el juizio de la possession.

41 Siguese bien, que fue bien interpuesta la apelacion de la dicha reserva, porque es cierto, como lo que mas, segun enseña el señor Molina *de primogenijs, lib.* 3. *cap.* 13 *num.* 22. que la sentencia en este juizio de la *l.* 45. *de Toro*, haze cosa juzgada para la propiedad, ibi: *Sententia tamen in hoc iudicio possessorio, pariet exceptionem rei iudicatæ in petitorio*; y dà la razon diziendo: *Ex eo quod annexam habet proprietatis causam.* Y esto por doctrina de Bartulo, Iason, y otros que cita.

42 Y aunque Molina dize, que la ley del Reino tiene difinido, scilicèt, quando conoce el Consejo, el qual no tiene mas jurisdicion que para el possessorio: pero quando conoce el Iuez ordinario, que tiene jurisdicion sin tassa, haze la sentencia del juizio en la possession, cosa juzgada para la propiedad; distincion que enseñaron los Adicionadores del señor Molina, *dicto lib.* 3. *dicto cap.* 13. *d. num.* 22.

43 Y se haze mas llano, notando lo que la parte contraria dize, *num.* 24. que *quidquid detrahit proprietate, detrahit possessioni*, se haze daño, y es contra si, entendiendo esto como se deve entender, videlicèt, q̃ *quod detrahit possessioni, detrahit proprietati*, que el que no puede obte-

ner

ner en la possession, no podrà obtener en la propiedad; y el que vence en el juizio possessorio de la *l.* 45. *de Toro*, tiene vencido en el juizio de la propriedad, es excelente lugar el de Paz *de tenuta cap.* 38. *num.* 27. ibi: *Quidquid enim hoc remedium possessorium tenutæ de proprietate tolit idem, & possessioni detrahit, vt sensus sit, eum qui in iudicio proprietatis vincere nequit, nec in possessorio remedio vincere posse, cum eadem quæstiones hic discutiantur, & disceptentur, quæ in proprietate discutiuntur.*

44 Rursus, es insigne doctrina la del mismo Paz *de tenuta cap.* 4. *num.* 10. donde dize, que si el pleyto es entre dos pretendiẽtes, sobre qual ha de suceder en el mayorazgo, y se diere sentencia por vno, que tendrà lugar la remissiõ: pero q̃ esto no serà assi quãdo la controuersia no es entre sucessores, sino sobre la *existencia, y realidad* del mayorazgo, que vno pretende que son bienes libres, y otro que son bienes vinculados; en tal caso, si el Consejo diere la possession a vno, ô dixere que avia lugar el juizio de la *tenuta*, y quales partes lo concluyan; en tales terminos, no puede en la Chancilleria dudarse de que ay vinculo, y mayorazgo, ni la remissiõ se haze por este efecto.

45 Audiamus ipsum Paz, *d. cap.* 4. *num.* 10. ibi: *Deinde infertur facta declaratione à Regis Senatoribus explicitè pronuntiando bona vinculo subiecta esse, vel implicitè præcipiendo, vbi licèt litigatoribus, vt actioni, & iudicio tenutæ respondeant hac sententiam rem iudicatam facere ita, vt in iudicio proprietatis, disceptari non possit, an sint bona maioratus, aut libera.*

46 Y prosiguiendo el Autor en el *num.* 11. dize, que la sentencia no solo haze cosa juzgada en lo q̃ determina, sino tambien en el presupuesto q̃ haze para determinar, y assi determinando sobre qual ha de suceder, determina q̃ ay *mayorazgo*, y como haze cosa juzgada en la possessiõ, la haze en la *existencia* del mayorazgo, ibi: *Sententia enim non solum facit rem iudicatã in eo quod determinat,*

sed etiam in antecedenti, & præsupposito determinationis, vt est casus magistralis, & elegans in l. si quis cum totum, §. vlt. vers. generaliter, aliàs §. & generaliter, ff. de except. rei iudic. Y prosigue el Autor con otras razones dignas de verse.

47 Siendo pues la controversia deste pleyto, no sobre los pretendientes sucessores del mayorazgo, si no sobre dos, que vno pretende, que es mayorazgo, y otro que son bienes libres. El punto que se controvierte, y juzga, es la *existencia* del mayorazgo, y en este juizio, y determinacion, no ay propriedad, ni possession; y si alguno dixere que la ay, tropeçarà en principios legales, y assi apelò con fundamento cierto, y juridico Don Diego Domonte y Erasso, de aver reservado el derecho para el juizio de la propriedad, pues en aviẽdo determinado que ha lugar la *l. 45. de Toro*, se determinò, que ay *mayorazgo*, que es determinar en la propiedad *Bona esse vinculata.*

48 Y porque todavia la parte contraria insiste en la *l. final*, aun en essos terminos el posseedor del mayorazgo, es legitimo contradictor; segun es practica, y llana doctrina de Parlad. *lib. 2. rerum quotidianarum cap. 5. num. 16.* donde propone la question diziendo: *Atque ex hac secunda conclusione, quam ex lege ea finali constituimus constat eum legitimum esse contradictorem, scilicet si de iure suo incontinenti doceat; ostẽditque id luce clarius lex 45. Tauri, ea est l. octava, tit. 7. lib. 5. Recopilat.*

49 De forma, que ya este Autor dize con claridad, que es cõtradictor legitimo contra el heredero escrito, el que pretende el mayorazgo.

50 Y no es menester (como mal se piensa de contrario) que el contradictor estè llamado literalmẽte, como pretende la otra parte en su papel *num. 27.* porque basta que lo estê *virtualmente, ò por conjeturas*; conclusion que assentò por llana Don Christoval de Paz *de tenuta cap. 29. per tot.* el qual en el *num. 28.* dize, que como en la

ley

ley final de edicto divi Adriani, se admite el substituto *subintellecto*, para la possession hereditaria; assi al pretensor del mayorazgo, llamado tacitamente, ò por conjeturas, ò comprehendido virtualmente, ó *subintellecto*, deve suceder en el mayorazgo, y es persona legitima para contradezir al heredero.

51 Lo qual se comprueva con la doctrina del Doctor Velazquez de Avendaño, *in l. 45. Taur. p. 8. num. 9.* y basta ser doctrina del señor Presidente Covarrubias *lib. 3. variarum cap. 5. num. 5. in fine*, y lo defiende acerrimamente el señor Luis de Molina *de primog. lib. 3. cap. 13. num. 43.* donde despues de aver citado los Autores, acaba deponiendo, como testigo de vista, ibi: *Pluries in forensibus controversijs receptam vidimus.*

52 Pero como quiera que sea, ya la parte contraria nos confiessa, que el pretēsor del mayorazgo es legitimo cōtradictor, si su derecho es claro, como lo afirma en su papel *num. 26.*

53 Pues mire la otra parte si el derecho desta es claro; pues se funda en vn instrumento publico de fundacion de mayorazgo, con llamamiento legal, pues la ley llama a la sucession del mayorazgo al primero, y mas cercano pariente.

54 Como provamos en el primero papel *à num.* y es tan claro aquello que se explica con palabras, como lo que virtualmēte se comprehende en la disposicion. Buena doctrina es la de Vlpiano *in l. nominis, & rei 6. §. final, ff. de verborum significatione*, ibi: *Verbum ex legibus sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis.*

55 Y lo confirma el Iurisconsulto Marciano *in l. 3. ff. ad legem Pompeiam de parricidijs*, adonde se dà por claro lo que se comprehende en la disposiciō, y se dà por expresso lo que virtualmente se entiende en lo tacito, textus ibi: *In fine sed novercæ sponsæ omissæ sunt sententia, tamen legis continetur.* Lo que la ley dispone es expresso, y

tam-

tambiē es expresso lo que se colige della, *l.1. vers. sed non vtique. ff. ad S.C. Turpil.*

56 Sin que sea de embaraço lo que dize la otra parte *num.25.* del lugar del señor Molina (porque es defecto comun traer doctrinas en este pleyto que hablan en otro caso) el señor Molina habla de dos competidores, que pretenden vn mayorazgo; y assi qualquiera que pretende excluir al otro, ha de tener buen derecho: pero en este pleito no ay dos pretendientes al mayorazgo, sino vno; contra quiē sale vn tercero, diziēdo no aver mayorazgo, porq̃ vno de los dos que lo hizierō, lo revocò; y en estos terminos procede lo que tenemos alegado.

57 Estrañase mucho, y con repetida ponderacion, lo que la otra parte dize en su informe *num.26.* y que se valga de vn lugar de Parladorio, y para ello, ò no lo entienda, ò se equivoque, y despedace la clausula, para provar su intento, siendo el sentido, y la Gramatica distinto. Dize el informe assi: dixo Parlador. *lib.2. cap.5. num.16.* que le era preciso, *Vt de iure suo incontinenti doceat, ostēdatque ei luce clarius.*

58 *Odij nobis avertit e pestē,* porq̃ *si in viridi hoc fit, in alio quid fiet?* Si en esta tan clara clausula, quiere la otra parte fascinar, no solo los ojos, sino tambien el entendimiento, que serà en las demas que pueden tener dos visos?

59 Ad rem igitur, ni Parladorio dixo lo que la otra parte quiere, ni le passò por el pensamiento dezirlo: porque era tan buen Letrado, como latino.

60 Lo que Parladoro dize, es, que serà legitimo cōtradictor el pretendiēte del mayorazgo, contra el heredero que pretende possession por la *l. final,* y que esto lo prueva mas claro que la luz del dia la *l.45. de Toro,* que oy es la *l.8. tit.7. lib. 5. Recopilationis.* Dize el Latin assi: *Atque ex hac secunda conclusione, quam ex lege illa finali constituimus. Constat eum esse legitimum contradictorem, scilicès si de iure suo incontinenti doceat: ostenditque*

id

id luce clarius lex 45. Tauri, ea est hodie lex 8. tit. 7. lib. 5.

61 Y con estar esta clausula, y esta sentencia mas clara que la luz del dia, la obscurece la parte contraria con ilusiones, y prestigios, y versucias; todo estraño del derecho del Autor, y de la Gramatica: porque si Parladorio dixera lo que la contraria quiere, el Latin avia de ser: *Si de iure suo doceat ostenderitque* (todo de modo subiũctivo) *idque luce clarius*, y luego huviera pũto, y començara otra clausula.

62 Pero no es assi, sino que dize, que es legitimo contradictor, *si de iure suo incontinenti doceat*. Y alli haze punto, y para provarlo prosigue, y dize: *Ostendetque id luce clarius lex 45. Tauri.*

63 Y no fuera buen Latin otra cosa: porque aquel nominativo *lex*, es persona que haze del verbo *ostendit*, y el *id clarius* el acusativo, y si juntára esta clausula (como la otra parte la junta) no dezia nada el Autor: porque à la proposicion, *si de iure suo incontinenti doceat, ostenditque id luce clarius*, no avia verbo con quien concordâra el nominativo *lex 45. Tauri*, ni la copulativa que podia juntar *doceat* de subiunctivo, con *ostendit* de presente: y para quitar esta duda, pudiendo el Autor dezir *lex* cõ vna *l*. no lo hizo assi, sino que como *lex* es el nominativo de persona q̃ haze del verbo *ostendit*, puso *lex* por letra, y dixo, q̃ esta *ley* 45. lo enseñava mas claro que la luz del dia.

64 Y se nota tambien, que hasta en la cita padecio equivocacion: porque dize *lib. 2. cap. 5. num. 6.* Y aunque en este numero trata la materia, la cita es *num. 16.* porque traslada las palabras del *num. 16.* que dize assi: *Si de iure suo incontinenti doceat, ostendatque id luce clarius.* Y en el *n. 6.* que cita, no ay tales palabras, y assi hasta en la cita, y numero padecio engaño, como lo padecio en la inteligencia del Autor, si ya no es que se atribuya a dezir, que el Autor dixo las palabras que trae por autoridad, que èl no dixo.

65 La parte contraria trae por adjutorio de su intento en el *num.32.* la opinion de los dos Molinas, *scilicèt*, que al primero llamado no le compete el remedio de la *l.45. de Toro*, y dize, que esta parte, ni es primero llamado, ni vltimo. Tambien en esto padece equivocacion, assi en el hecho, como en el derecho: en el derecho, porque la question, *si primo vocato competat remedium leg.45.* es muy antigua, y que le competa el remedio, lo afirma Antonio Gomez *in dicta l. num.117.* y le siguieron Mieres *de maioratibus 1. p.q.24. à princip.* Que no le competa, lo afirma el señor Molina, y tābien Molina Theolog.

66 Compulsolos Avendaño *in dict.l.45.Taur.p.3.n.2.* con vna distincion, mas Don Christoval de Paz *de tenuta cap.25.à nu.4.* defiende a Antonio Gomez, y prueva, q̄ el remedio de la *l.45.* conviene a el primero que sucede al fundador, con cuyo sentir se conforman (apartandose del señor Molina) sus Adicionadores *in lib.3. cap.13. num.40.* y deponen de vista de executorias del Consejo, particularmente en el pleyto entre Martin Suarez, contra Geronimo del Campo, assentando por llano, que al primer llamado le compete el remedio de la *l.45.*

67 Sed quorsum hæc? & ad quid perdictio hæc? pues deve saber, que en este pleyto el primero llamado fue Doña Maria Feliciana, y el segundo sus hijos, y que fue posseedora del dicho mayorazgo dicha Doña Maria Feliciana, en propiedad, y en possession, por la clausula de constituto, *ex l. quod meo, ff. de adquirenda possessione.* Y en materia de mayorazgos lo prueva Antonio Gomez *in l.45. Tauri num.78.* y en vsufruto reservado sus padres, y assi no es Don Diego Domonte que litiga, el primero llamado: porque lo fue Doña Maria Feliciana; ni el vltimo, porque despues de sus dias lo serān sus hijos, y si no los tuviere, su pariente mas cercano; y assi en esto solo se halla que la otra parte dixo verdad, diziendo, que Don Diego no era el primero, ni el vltimo llamado.

68 Y quando el dicho Don Diego Domonte fuera el primero llamado, tambien le competia el remedio de la *l.45. de Toro*, conforme lo asientan por llano Antonio Gomez, Mieres, Paz, y los Adicionadores del señor Molina, *lib.3.cap.3.num.40.& ibi Additionatores*, que deponen de vista, vt supra notavi.

Respondese al Capitulo segundo.

69 ESte Capitulo dize, que contendrà dos partes, y por esso dos Articulos. El vno, que el mayorazgo fue limitado, y por esso se extinguio con la muerte de Doña Maria Feliciana. El otro es, que Iuan de la Fuēte Almonte tuvo facultad para revocarlo: Se responderà a cada Articulo.

70 Es enfermedad, ò mania incurable (no de parte de la jurisprudencia, sino de parte de la contumacia) de los que procuran destruir los mayorazgos, ei atrincherarse con el dezir, que fue el mayorazgo limitado; achaque que començò desde Iacobo de Arenis, Dino, Alberico, Cephalo, Roland. y otros, fundados en la *l. cohæredi 41. §. cum filio, ff. de vulgari*, pero dellos dixo Alciato *in l. hæredes mei, §. cum ita, n.7 ff. ad Trebell. non moveri firmis rationibus, sed milites esse levis armaturæ*, y quedan vencidos cō toda la artilleria que compone nuestro primero informe *à num.19.* Advirtiendo, que los mayorazgos son Reales, y por esso perpetuos.

71 Desde el *num.35.* hasta el *num.40.* prueva la otra parte lo que deseamos, *videlicèt*, que el fin de los actos humanos, es el que les dà el ser. Esto mismo provamos en nuestro primero informe, desde el *num.25.* hasta el 35. Y la otra parte para aplicar esta doctrina dize, que los fundadores no tuvieron fin, animo, ni voluntad, de que el mayorazgo passasse de Doña Maria Feliciana; y que assi se acabò con su muerte.

Si

72 Si provaremos lo contrario, conseguirêmos ser incierta la proposicion contraria, y resultarà de derecho firme, è infalible, en favor de D. Diego Domonte y Eraso.

73 Pues considere la otra parte todas estas advertencias; y ponderaciones. Lo primero la suplica hecha a su Magestad, y el motivo porque se dà la facultad; y fue: *Porque de vuestras personas, y casa, que de perpetua memoria, lo he tenido por bien, vt diximus num. 2.*

74 Y considere tambien, que los fundadores dixeron, que a falta de sus hijos, y descendientes: *Queremos, y es nuestra voluntad, que suceda en este mayorazgo la persona, ò personas, obras pias, ò patronatos que nombraremos;* como diximos en el primero informe *num.* 8. Como pues con esta clausula, y llamamientos, despues de la hija avrà quien diga sin manifiesta temeridad, que los fundadores no quisieron que passasse el vinculo de su hija? quiẽ dixere esto, niega manifiestamente el hecho, y ofende claramẽte al derecho; pues querer los fundadores, que despues de su hija sucedan los que nombraren, es dezir, q̃ no quieren que pare en su hija, sino que tenga progresso para los demas.

75 Y considere tambien, que fundaron para la dicha Doña Maria Feliciana, y sus hijos, y descendientes, y para los demas llamados à la sucession.

76 Y considere bien, que los fundadores quisieron que no se perdiesse su memoria, sino que se perpetuasse, como diximos en el primer informe *num.* 32. y se refiere à la letra el proemio de la fundacion:

77 Et rursus considere, que dixeron los fundadores, que hazian mayorazgo, *Con que ademas de continuarse, y permanecer la memoria de los primeros fundadores, y sus descendientes, tienen mas comodidad para servir a Dios Nuestro Señor, con mejores, y mas piadosas obras, y a sus Reyes, y Principes, en las ocasiones que se ofrece son mejor servidos*: que son palabras del señor Presidẽte Covarrub.

lib.

lib.1.cap.15.in fine, ibi: *Constat etenim primogenium constituto veluti dignitatem quãdam, vt qui eam obtinuerit caput familiæ, sit eius honores præcipuos habeat, onera que ferat, iuxta Provinciæ mores, nã & alere ex bono, & æquo debet viros è Familia nobiles, pauperes tamẽ, ac titulo primogenij in agnationis gloriam, & nomen. Principibus bello, & pace servire, &c.* Palabras que han sido veneradas por todas las Naciones del Mundo. El mismo señor Presidente Covarrubias las repitio en el *lib.3.cap.5.num.5. versiculo tertius*; y el gran Senador Pedro Surdo en el dicho *conf.241.num.14.*

78 Y considere finalmente biẽ, todo lo q̃ alegamos en la primera alegacion *à num.34. vsque 41.* y se hallarà convencido, y que el mayorazgo es perpetuo, y transcendẽtal, desde Doña Maria Feliciana à todos sus parientes, con que queda respondido a todo lo que dize de disposicion limitada hasta el *num.45.*

79 En el *num.46.* y 47. hasta el 54. dize, que los Autores hablan en materia dudosa, y que al difunto se le rastrea la voluntad, que siendo materia conjetural, se deve discurrir por conjeturas.

80 O yo me engaño, ò es todo lo contrario: porque esta materia no es conjetural, ni se ha de dar esse nombre, ni puede permitirse, porque es materia de contrato, en que no ay conjetura, sino el rigor de la letra, que assi lo tengo aprẽdido de la doctrina de Celso I.C. *in l.quidquid astringenda 99.ff. de verborum obligationibus*, diziendo, que todo lo que contiene la letra, se ha de observar con rigor, ibi: *Quidquid astringendæ obligationis causa dictum est, id nisi palã verbis exprimatur omissum esse intelligendũ est.*

81 Pero si huvieramos de alterar esta regla, se avia de hazer la interpretacion, y dar la inteligencia en favor del mayorazgo, y contra los fundadores, ibi: *Aut certè secundum promissionem interpretamur.* Y la razon es, *quia estipulatori liberum fuit verba late concipere.*

82 Porq̃ le fue facil al fundador prevenir este caso,ù otros, y no es tolerable,q̃ el fundador ande vacilando con la voluntad, despues de perficionado el acto con vn tercero, text. ibi: *Nec enim rursus promissor ferẽdus est, si eius intererit decertis vasis forte, aut hominibus actum esse.* Lo mismo dize Hiphonino I.C. *in l. fideiussores magistratuũ 69. § pro Aurelio*, ibi: *Lecta subscriptione fideiussionis, ff. de fideiussoribus.* Pet. Surd. *decis.* 283. *num.* 5.

83 Las conjeturas serviràn para otro pleito, *scilicèt*, para quando se pretenda interpretar la voluntad del testador, y lo que quiso dezir en su disposicion testamẽtaria, que para esso serviran conjeturas, mas no para contratos que en ellos el rigor de la letra obra: y en caso que alguna vez se pueda dar lugar a conjeturas, han de ser contra el fundador, segun enseñança de Papiniano, observada inviolablemente por la Iurisprudentia antigua, *l. veteribus* 40. *ff. de pactis*, ibi: *Veteribus placuit pactionem obscuram, vel ambiguam venditori, & ei qui locavit noscere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.*

84 Confiessa la parte cõtraria en el *n.* 19. q̃ el mayorazgo se hizo por causa onerosa: desta confession sacamos, *salutem ex inimicis nostris, de manu eorum qui oderunt nos.* Pues si fue por causa de matrimonio: ergo irrevocable, *l.* 44. *de Toro*, ibi: *O si el dicho contrato de mayorazgo se huviere hecho por causa onerosa con vn tercero, assi como por via de casamiento, ò por otra causa semejante*; como en el primer informe *num.* Con esto que confiessa, no ay que passar adelante.

85 Ni se podrà dezir, que aunque fue assi, fue limitado el mayorazgo a Doña Maria Feliciana: porque le obsta todo lo dicho en nuestro primero informe *num.* 19. *& seqq.* Y en este *à num.* 70. donde se prueva, que el mayorazgo es Real, y que se fundó para conservar el lustre de la familia, memoria de los fundadores, sus armas, y apellido, y se fundò *perpetuo, y para siempre jamas.*

En

86 En el *num.* 50. y *num.* 55. dize, que este mayorazgo no se hiziera si los fundadores no quisieran casar la hija, y faltando el matrimonio, y la subiecion, faltò el mayorazgo?

87 No es mala adivinança, que no merece otro nombre, y dixera mejor, que antes de quererla casar tenian voluntad de fundarlo; no solo en favor de la hija, sino en su perjuizio, pues siendo vnica, toda la hazienda era suya, y para perjudicarle pidieron facultad. Y para que? *Para fundar vn mayorazgo en favor de la dicha Doña Maria Feliciana* (dize la facultad) *Domonte y Verastegui vuestra hija vnica, y en sus descendientes, y a falta suya en otras personas, deudos vuestros, ó estraños que quisieredes.* Vea la otra parte, como antes de querer casar la hija, pretendian hazer mayorazgo. Y vea tambien, como aunque los fundadores quisieran, no pudieran dexar de dar el mayorazgo a la hija, casandose, ò no casandose, luego no adivinara bien diziendo, que se hizo para casar la hija, y de otra manera no se hiziera.

88 Lo que ay que ponderar es, que para comprovar su assercion, *scilicèt*, que se hizo el mayorazgo por causa del matrimonio, y que por averse disuelto por muerte, quedò nulo. Alega para esto la *l. alumna* 30. §. *primo, ff. de alimentis legatis, l. à marito, C. donationibus inter*, y la *l. cum te fundum de pact. inter empt. & vendit.*

89 Ningun texto viene à proposito, ni prueva la dicha assercion, la *l. alumna*, §. *primo*, dize, que Ticia instituyò à Seya su liberta, ex parte, y a Panfilo le dexò vn fideicomisso en los Cortijos de Colonia: despues por vna carta mandò se cumpliesse su testamento, y que si su liberta Seya no quisiesse ser heredera en la parte que le dexo; mando que se le dè el Cortijo que tengo en Colonia. Pidiolo Pamfilo en virtud del testamento, y dixo Cævola q̃ no pedia justicia: porque el Cortijo le avia transferido la testadora de Panfilio, en Seya, y que assi a ella le pertenecia.

90 Sed inquiro, que haze al caso este texto, como ni tã-

po-

poco el texto *in l.à marito*, que dize que si el marido haze donacion a su muger al tiempo del matrimonio, que no vale, y que assi, ni la muger adquirio el dominio entõces, ni despues, si huvo divorcio, ò la donataria murio antes que el marido donante, ò el que donò revocò su donacion.

91 Pues quid ergo, iterum inquiro; que tiene que ver esto con nuestro pleito? aqui la donacion *Inter virum, & vxorem*, està reprovada ab initio: salvo, que confirmatur morte; lo qual no pudo suceder en la especie deste texto: porque murio la donataria primero, y assi no pudo confirmarse morte, ni tampoco se pudiera cõfirmar si huviera intervenido divorcio: porque *ipso iure* se revoca, ni tampoco aviendo expressa revocacion, que durante el matrimonio, lo pueda hazer el marido, porque como la donacion es invalida, nada se revoca, quando se revoca.

92 Todo esto que la otra parte trae es muy dissimil, y violento al caso deste pleyto, adonde la fundacion fue perfecta, y la hija adquirio el derecho perfecto, por los modos que se haze revocable vn mayorazgo?

93 La *l. cum te fundum*, es la que tenemos ponderada en este pleito, para provar la irrevocabilidad de la fundacion deste mayorazgo, hecho por dos; y que no pudo el que quedò vivo revocarle: porque si esto se pudiera hazer, tuviera accion el otro para pedirle lo que le avia dado: este texto habla de la accion que tiene vno contra otro, quando los dos hizieron vn contrato, si el vno no quiere cumplirle, y se dà accion: porque *contractus non debet claudicare. l. Iulianus* 14. §. *si quis à pupillo*, *ff. de actionib. empti*; Y mejor Papiniano *in l. si cum dies* 26. §. *sed & si*, *ff. de arbitris*, ibi: *Absurdũ enim esse iussum in alterius persona ratum esse, in alterius non*, pues quedàra coxo el contrato de dos, si el vno no le cumpliesse, ò le revocasse.

94 Sed este texto; como puede provar lo que la otra parte quiere, y para el efecto que lo trae, *scilicet*, que porque

que murio la hija quedò revocado el mayorazgo? *O bone Deus*, si asi son todos los textos, que de contrario se citan, poco cuidado le dà a mi parte la alegacion contraria. Verdaderamente que dixo excelentemente san Ambros. *lib. 3. de Virginib. post initiũ: Quanta in vno facinore sunt crimina?* De vn descuido (llamemosle asi) quantos descuidos nacen? ya los hemos referido *supra à num. 57. & seqq. & amplius videbimus.*

Respuesta al Articulo segundo, de la facultad reservada, &c.

95 PRetẽde la otra parte provar en su papel desde el *n. 55.* hasta el 65. que el mayorazgo hecho con la facultad Real, es revocable, y aunque por los tres casos de la *l. 44. de Toro*, se haze fixo, è irrevocable, dize, que esto no procede en este pleito mediante la reserva que los fundadores reservaron para si. *Hac ille.*

96 Para esto pretende fundar, que tuvo Iuan de la Fuẽte Almonte reserva en la clausula 1. ibi: *Asi disponiendolo ambos juntos, como qualquiera de nosotros.* Y en el *num. 65.* se opone contra si mismo la vltima clausula, *videlicet. Y toda esta facultad, y reserva, segun, y en la forma, con las calidades que en este capitulo, y condicion se refieren, la hemos de tener ambos a dos juntos, y no el vno sin el otro: porque muriendo qualquiera de nosotros, el que quedare no ha de poder vsar della en manera alguna; salvo si el que muriere primero le dexare poder especial al que quedare vivo para vsar desta facultad, porque en este caso ha de poder vsar enteramẽte della, y hazer, y disponer todo lo que ambos a dos juntos pudieramos hazer, y disponer siendo vivos.*

97 Y respondiendo a esta objecion, que es el *astus, & pondus*, del pleito que ya tenemos fundado en nuestro primero informe *à num. 136. & sequẽtibus*; que esta clau-

sula encierra, y comprehende à la primera: pero dize la parte contraria (por fundamento de su vltima defensa) que lo cierto es que la clausula vltima no deroga a la primera: ya se ha desengañado si ha leido nuestro primer Informe, desde *num.136. vsque ad 157. inclusive*; adonde avrà visto, que lo cierto es, que la clausula vltima comprehende, estrecha, reduce, y deroga à la primera, y la vltima clausula, es vltima disposicion, con irrevocable firmeza, y sin controversia alguna.

98 Y para que mejor se desengañe, verà que lo que dize no pruevan los textos que alega, y que hablan en caso diverso: dize, *que es texto expresissimo* (este encomio le dâ) *la l. siquis in principio testamenti 22. ff. de legatis tertio.* Y es assi que es texto expresissimo: pero contra el.

99 Porque dize el I. C. que si vno en el principio de su testamento, pusiere clausula en que diga: Si yo mandare a Ticio vna, y muchas vezes vna cosa, entiendase que no se le ha de dar mas de vna vez: pero en el mismo testamẽto le mandò muchas vezes vna cosa: dize el Consulto, que le paguen muchas vezes aquella cosa: porque esto vltimo se ha de guardar, y da la razon. *Porque nadie se puede privar de variar su voluntad.* Y lo que antes le parecio bien, despues, ò incontinenti parecerle mal, y revocarlo.

100 Leanse las palabras del texto, que dize assi: *Si quis in principio testamenti adscripserit cui vis legavero semel dare volo postea eodem testamento vel codicilis sciens sepe idẽ legaverit, suprema voluntas potior habetur.* Que la vltima clausula deroga la primera. Y dâ la razõ el texto: *Nemo enim eam sibi legem potest dicere vta priori voluntate ei recedere non debeat.*

101 Añade el Consulto, que esto serà assi si expressamente dixere, que revoca la primera clausula, y voluntad. *Sed hoc ita locum habebit si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi pœnituisse.* Este texto, señor, que tiene que ver cõ

el

el caso presente? Aqui en està especie es vn testador, que và disponiendo su voluntad, y protestò, y previno, que aunque hiziera dos vezes vn legado a vna persona, solo se la pagasse vna vez; y que para que se paguen muchas vezes, es necessario, y preciso, que aya especial voluntad, en que diga, que revoca la protestà.

102 Pero en el pleito ay algo desto? No señor: porque quando los fundadores pusieron la clausula primera de la reserva, no dixeron: Y si pareciere otra clausula contraria no se entienda revocada la primera: no ay esta protesta, ergo no viene biẽ el texto, y solo se sacarà dèl ser cosa llana, q̃ en las disposiciones ordinarias, y sin protesta, *Suprema voluntas potior habetur.* Y que en la disposicion de vno, y mas testamentaria, no puede privarse de mudar su voluntad, *Nemo enim*, dize el texto, *Eam sibi legem potest dicere, vt à priore voluntate ei recedere non liceat*: pero si es contrato entre dos, entonces se governarà la materia por las reglas de la *l. cum te fundũ 6. C. de pactis inter emptorem, & venditorem.*

103 Cita tambien la *glos. in clementina dudum, verbo pacta*; y no dize lo que la otra parte pretende la glossa siguiente, *verbo pramissorum*, dize lo contrario, y prueva nuestra regla, que dize, que la vltima clausula, no solo mira, y comprehende la immediata, sino a todas.

104 Sed, aunque la dicha glossa que cita la quiera inducir a su proposito, *Propter illa verba, quia non est speciale sublatum*, habla fuera del caso deste pleito: porque habla de dos pactos estatutarios, confirmados por la Sede Apostolica, que en terminos tales la disposicion general no deroga aquel estatuto, ò pacto confirmado por especial cõfirmaciõ. Esto dize la glossa, y es su sentir, y assi lo enseña Flores Diaz de Mena *lib. 1. variarum q. 10. num. 41.* A quiẽ sigue el Obispo Barbosa *in collectanea num. 28. y 29.*

105 Dize tambien, que su asserción procede en los contratos: y cita para prueva desto dos textos, vno es la *l. doli*

119.*ff.de verborum obligationibus*. Y el otro es el *cap.cum dilecti de probationibus*: pero ninguno es del caso, porque hablan en dos disposiciones perfectas, a ninguna de las quales mira la clausula general, y assi ninguno se puede aplicar.

106 En la *l.doli*, el vendedor se obligò a que la prēda que vendia, no estava obligada a nadie. Item mas se obligò, que era libre de servidūbre: a estas dos obligaciones añadio despues la tercera, y fue vna general obligacion de dolo; esta no comprehende à las demas obligaciones expressadas: porque para seguridad del comprador, bastātemente tiene con las acciones, y que resultan de aquellas estipulaciones, porque la accion de dolo, solo comprehē de lo que fuere dolo.

107 El *cap.cum dilectis 6.de probationibus*, prueva lo cōtrario de lo que la parte contraria piensa: porque alli vn Cavallero hizo dos donaciones à la Iglesia en vn instrumento de vn pedazo de tierra (v.g.) En vn sitio, y en segunda donacion dio otro pedazo de tierra en otro sitio distinto; y aqui añadio, con calidad que pueda el otorgante cazar en êl quando quisiere. Pretēdio el hijo del donador cazar en ambos sitios: Respondio el R. P. que no lo podia hazer: porque aunque es verdad, q̄ la clausula postrera *de Floresta*, comprehende el vn sitio, y otro, con todo esso, en este caso no se comprehende: y dà la razon: *Cum ex tenore instrumenti evidenter appareat, quod hac fuit mens, & intentio donatoris, vt clausula de Floresta, quæ in fine ponitur instrumenti, non ad superiorem donationem, quæ tam libera, & pura fuit vt immunis esse, iuxta sanum referre debeat intellectum.*

108 Ergo, se prueva aqui, que para que no pueda comprehenderse la clausula primera en la segunda, es necessario dos cosas, vna que conste, *ex tenori instrumenti*, y otra que *evidenter appareat*, que no quiso el fundador, que la vltima clausula deroge, y comprehenda la primera: por que

que si no consta, *ex tenore instrumenti, & evidenter appareat*, por su naturaleza està comprehendida la primera en la vltima.

109 Y si esto procede en dos disposiciones perfectas, independientes vna de otra, como son las dos donaciones deste *texto*, que serà en vna disposicion sola, con dos clausulas, que ambas miran a vn fin, y efecto, y simbolizan la perfeccion del acto. Que serà?

110 Serà lo que enseña el Derecho por el I.C. Cævola, *scilicèt*, que quando la clausula primera, y la vltima mira a vn fin, y a la execucion, ò perfecciõ de vna disposicion, la vltima clausula incluye, absorbe, y deroga la primera, *& hac*, aunque sean en diversos instrumentos, Cævol. *igitur in l. libertis* 18. *ff. de alimentis, & cibaris legatis.* Adonde mandò à los libertos diez cada mes; y en el Codicillo les mandò mayores legados, dize el I. C. que se guarde la vltima clausula. *Nam his quæ testamento cibariorum nomine legata essent, recesum est propter ea quæ codicilijs relicta sunt.* Y dize la glossa *verbo recesum est, præsumptione iuris nisi legatari probent*, que es lo que dixo el Romano P. *in dicto cap. cum dilecti*, que la presumpcion, ò disposicion del Derecho, se templa quando *cum ex tenore instrumenti evidenter appareat.*

111 Desde el *num.* 68. pretende la parte contraria fundar (por segundo fundamento de su intencion) que la clausula general no deroga la especial, y aunq̃ este assunto no es del pleito, ni tiene que ver con èl, toda via arrastra el hecho, para aplicar esta vulgaridad de Derecho; *sed infaustè, & infeliciter quidem.* Porque todos los textos que cita hablan en legados, y no en contratos, y aunque hablan en legados no hechos a vna misma persona, sino en legados hechos a muchas, como *species* Titio, & *genus* Seio, como es la *l. vxori* 39. §. *felicissimo, ff. de legat.* 3. Y la *l. servis vrbanis* 97. *ff. eodem*, ibi: *Si aliberni, ali cursores.*

112 Y la *l. sed & si 26. §. deinde*, habla de dos instrumentos, donde dize, que la clausula posterior comprehende las antecedentes, ibi: *Deinde adicit, neque defenderent, apud omnes supradictos, pertinet.* Exceptua al ausente: porque este por otra ley tiene mejor defensa, ibi: *Præter quam ad eum qui absens est, quoniam plene supra de eo aptum est,* como se vè en la *l. Iulianus 17. §. cum quis.*

113 Y el texto que llama elegante, *in l. alimenta, §. Basilicè.* Huvo muchas personas, y muchos legados a esta liberta, vno de diez, y a los demas libertas, y libertos, les dexò legado, *alimentorum, & cibariorum, & habitationum*; no entra aqui Basilica en estos: porque son dos legados, y á diferentes personas: porque como dixo Bartulo, en este texto, el legado de alimentos, no es reiterable, por esso vale solo el primero especial.

114 Y esta fue doctrina magistral de Bartulo *in l. libertis quos*, ibi: *Quoniam in eadem volũtate apposuit clausulam specialem, & generalem respectu diversarum personarũ,* que aliud, & contrarium, se ha de afirmar si puso la clausula especial, y general, respeto de vna misma persona, que tunc la general incluye, y absuelve en si la especial, ipse Bartolus *in eadem lege libertis quos in principio, cuius verba noto*, ibi: *Per clausulam generalem appositam in vltima voluntate, circa idem videtur recesum ab speciali.*

115 Pero todo esto, *quid ad rem quæso?* que tiene que ver testamentos, codicillos especiales, y generales, con la disposicion de dos que hazen vn contrato, y que disponen *circa idem, & propter vnam personam*, que en tal caso la clausula vltima deroga la primera: porque esta se incluye en la vltima; y por doctrina de Bartulo (cuyas palabras refiere) lo enseña assi el mismo Paz *de tenut. cap. 57. num. 145.*

116 Cita por sufragante a Paz *de tenuta, cap. 57. num 156.* Alli se arguye, y pone el fundamento contrario: pero despues lleva nuestra sentencia, y satisface à los fundamentos

tos de la parte contraria, y si huviera leido todo el Autor, no le citara (yerro, que no es la primera vez que se comete en este pleito) pues en el *num.* 248. dize, que quando la clausula general es mas pingue, y comprehensiva que la especial, esta se incluye en la general, ibi: *Vndecimo huc pertinet vulgare iuris principium quod docemur, vt quando dispositio generalis plenius providet in ea specialis includatur, l. 1. §. vnde quaeritur, ff. de publicam, l. 1. ff. de vi bonorum raptorum, l. 1. ff. arborum furti cessarum*, Angelo *consilio* 355.

117 En el *num.* 69. dize, que en la *l. libertis quos* se decide, que la clausula general comprehende à la especial: porque fueron puestas en diversos instrumentos, y que assi lo entendio Bartulo *ibidem*: ni Bartulo dixo esso, ni compuso la antinomia, como la otra parte piensa. Lo que Bartulo dixo, fue poco, y bueno.

118 *Scilicèt*, que la regla general es, que la clausula general posterior, deroga la especial, oponese à si mismo, y se arguye con la *l. Titia, §. qui Marco, ff. de annuis legat.* y responde remitiendose à lo que dixo en la *l. alimenta, §. Basilicè*; y alli satisface con el legado reiterable, como en el *§. qui Marco*, ò no reiterable, como en el §. *Basilicè*. Y vltimamente concluye, que si concurren la clausula general, con la especial, *respectu diversarum personarum*, que en tal caso, ambas clausulas corren: porque pueden ambas personas ser gravadas.

119 Pero muy distinta cosa es, quando la clausula general, y la especial concurren, *Respectu eiusdem causa*; que en tales terminos, respeto de dos personas, ò de dos voluntades, vale la vltima, y si es respeto de vna persona, ò es gravada, o no es gravada; si es gravada, no concurren, como en el §. *Basilice*.

120 Sed quid erit, si la persona no es gravada, sino q̃ no ay persona, como en el caso deste pleito? porq̃ los fundadores en la primera clausula reservaron facultad para ambos,

bos,y para cada vno ; y en la segunda , para ambos juntos,y no el vno sin el otro : en este caso,y en estos terminos,se guardarà la regla del Derecho,que dize,q̃ la vltima clausula,es la que dispone, la que arrastra,y incluye en si las primeras, *d.lege libertis quos*, y provamos en nuestro primero informe *à num.*

121 En el *n.*70.pondera por texto grande la *l.cum ita* 32. *§.in fideicommisso.ff.de legat.* Para provar que siempre se ha de estar al llamamiento especial,y no al general;y aũque tiene muchas leturas este texto , y aunque fuera lo que la otra parte dize,importa poco,pues lo que alli se enseña es, que quando se funda vn mayorazgo, primero han de suceder en èl los nombrados *nominatim*, y luego el mas cercano a la familia : esto es segũ el curso natural del Derecho, pero si el fundador quisiere que sucedan otros, no sucederà el mas cercano, sino el otro pariente mas remoto,y entonces se guardarà la voluntad: esto dizẽ aquellas palabras: *Ad vlteriores, idest gradus ita Acursius verbo ad vlteriores.*

122 No tiene duda , que quando ay llamamiento especial,y persona, *sigillatim*, nombrada,que ha de ser preferida al llamado por nombramiento general,y colectivo.

123 Pero es distante este punto (lo que ay del Norte al Sur) del caso deste pleito: porque en el texto ay nombramiento especial,y no le ay en el pleito especial,ni general, y querer arrastrar vn principio de Derecho,a vn hecho de vn pleito que no conviene con èl , es querer arrastrar el Globo de la tierra con vn cabello.

124 El pleito es, si la clausula puesta al principio, respeto de vna causa, si se deroga , y revoca por otra clausula posterior,que contenga lo mismo,y esto se probò en nuestro primer Informe *à num.*136.y se prueva en este *à nu.*

125 La otra parte trae en el *num.*71. y por quinto fundamento,la *l.alumnæ* 30. *§.qui filias, ff.de adimendis legatis.* Para provar que la clausula vltima no deroga la primera,

por

por ser diferentes capitulos; no prueva esto este texto, lo que prueva es, que la clausula vltima vale, y deroga la primera, si no ay contraria voluntad.

126 Dize el texto, q̃ vno tenia muchos hijos, y en su testamento mandò dar a la hija mayor, y segunda, gran parte, ò casi toda su hazienda, despues hizo codicillos, y en ellos dispuso a su voluntad, pero con diferencia, que a las hijas que les avia mandado, a la mayor el cortijo, y el olivar (*verbi gratia*) le quitò el cortijo, y a la segunda que le avia dado la viña, y casa, le quitò la viña: era la duda, si cõ estos codicillos se revocava toda la particion que avia hecho el padre, y respondiò el Consulto, que se avia de guardar el testamento, y codicillo, porque este solo altera el testamento en lo que fuere contrario al codicillo, ibi: *Respondi non à tota voluntate recessisse videre, sed ab his tantùm rebus quas reformasset.*

127 Ergo, si este texto sirve de algo en este pleyto, es para provar el firme derecho que defendemos, y que la vltima clausula reforma a la primera, pues dize el Consulto, que todo se entienda mudado, y reformado lo que està en la vltima disposicion enmendado, añadido, ò quitado de la primera, ibi: *Sed ab his tantùm rebus quas reformasset.*

128 Igitur, si en la primera clausula reservaron los fundadores facultad, *para nombrar sucessores al mayorazgo, revocarlo vna, y muchas vezes, bolverlo a hazer, y poner nuevos gravamenes.* Y esto *ambos, ò cada vno*, como se vè a la letra en nuestro primero informe, nu. 8.

129 Esso mismo reservaron en la segunda clausula, y reserva referida, ibidem, num. 12. pues dixeron, que reservavan facultad, *para añadir, ò quitar, y hazer de nuevo, mudar, ò revocar dichos llamamientos, que tenemos hechos,* (scilicèt en la clausula, y reserva primera) *y hizieremos, &c. llamar, y sostituir a las personas, obras, ò lugares, y corregir las condiciones, y gravamenes, &c.*

130 *Pero toda esta facultad, y reserva que hazemos, la hemos*

mos de tener ambos a dos juntos, y no el vno sin el otro, y reduplica mas añadiendo geminacion de voluntad: *porque muriendo qualquiera de nosotros, el que quedare vivo, no ha de poder vsar della en manera alguna.*

131 Segun estas clausulas prueba bien el texto, *in dicta lege alumna*, que la primera clausula queda revocada, si en ella se disponia alguna cosa, que se refiera en la vltima, y se altera, y revoca la primera por la segunda, pues dize el texto, que queda reformado, y revocado todo aquello que en la vltima clausula se refiere.

132 Y esto con nada se prueba mejor, que con la *l. 1. C. de liberis prateritis*, adonde en vn testamento instituyò el padre a sus hijos, esta es vna clausula; despues los sostituyò *ad invicem*, esta es segunda clausula; despues por clausula tercera, exheredò a vno de los dos hijos. Fue la duda, si la exheredacion que estava puesta en la tercera clausula, revocava las clausulas antecedẽtes, y si se extẽdia la revocacion de la institucion, ò si comprehendia tambien la sustitucion. Deforma, que como le quitava la herencia de la institucion, se la quitava tambien por la sustitucion. Y dize el Cesar, que por todos caminos le quita la herencia; porque la vltima clausula arrastra, deroga, y revoca la primera, y las antecedentes, etiam en vn instrumento, ibi: *Intelligendum est exharedatione ab vtroque gradu fuisse.* Y Baldo alli dixo, *quod exharedatio facta post gradus firmat omnes gradus.*

133 Lo que la otra parte dize en el *n. 72.* es, q̃ las clausulas no son contrarias si se pueden concordar, y cita a Paulo de Castro, Surdo, Deciano, Paz: y es alegacion general, porque Paulo de Castro habla de tres estatutos diferentes, y si prosiguiera con ver la resolucion que tomò Paz, viera q̃ quedò con la que le haze daño, y lo q̃ que dixo, *nu. 160.* fue por via de argumento, a que respondiò en el *nu. 251.* Y dixo, que en materias estatutarias es otra cosa: pero que en pactos, siempre la vltima clausula deroga la primera.

En

134 En el *nu.* 73. dize, que no reservaron el nombrar parientes, y que asi no ay mencion de familia: no concluye nada la otra parte en este *nu.* Y si quiere sacar que fue mayorazgo limitado por no aver nombrado familia, està satisfecho con lo que tenemos probado en nuestro primero Informe à *num.* 85. *y nu.* 97. y con la Doctrina del señor Presidente Covarrubias, Vazquez, Menchaca, Pedro Surdo *dict. conf.* 241. *à num.* 14. & *num.* 32. *y* 33.

135 En el *nu.* 74. pretende inducir la ley del señor Rey D. Enrique Segundo. Y dize, que como se acaba en el vltimo posseedor el mayorazgo, aunque dexe hermano; asi tambien se ha de acabar en el mayorazgo deste pleyto, no es facil aplicar el exemplo, lo dificultoso es creer, q̃ aya dictamen, que piense que puede aplicarse, porque los terminos son tan distantes, que no pueden ser mas contrarios de lo q̃ lo son; y aun en el punto de la ley enriqueña, sobre si se acaba el mayorazgo de la donacion del señor Rey Don Enrique, ò ha de suceder el hermano del donatario: es muy disputable, segun se vè de los Adicionadores del señor Molina, *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 21. Y que *eget Regia declaratione*, como pidiò Parladorio diferencia 13. §. 1. *num.* 7.

136 Pero en caso que vença la clausula enriqueña, y q̃ se acabe el mayorazgo, sin hazer transito a los colaterales descendientes del primer donatario, ay particular causa, y peculiar razõ, que es porque *Voluntas Regis Enrici fuit prædictas donationes modificare, ac restringere ad solos possessores, filios, vt bona ad Regiã Coronã aliquãdo redderet, quorũ redditus esset impossibilis si omnes à primo donatario, descendẽtes essent vocati*, como dixerõ los Adicionadores del señor Molina *dict. lib.* 1. *cap.* 6. *nu.* 21. Flores Diaz de Mena *variarum, lib.* 1. *quæst.* 19. §. 2. *nu.* 20. cuya autoridad siguiò el señor Castillo *lib.* 5. *cap.* 89. *num.* 79. *in fine.*

137 Mas en nuestro caso, no ay clausula enriqueña, ni modificativa, ni restrictiva, sino vna llana fundacion de ma-

yorazgo,sus hijos,y descendientes,y demas personas que los fundadores avian de nombrar, en cuyos terminos el mayorazgo es perpetuo,como lo dizen los mismos Adicionadores del señor Molina *dicto lib.1.cap.6.num.21.* Y provamos exactamente en nuestro primero informe à *num.19.usq.ad* 42.que se añaden a la autoridad del señor Covarrubias *lib.1.cap.15.in fine, y lib.3.cap.5.nu.5.vers. tertius.*

138 En el *num.*75.dize,que Iuan de la Fuente Almonte hizo dos mayorazgos en sus parientes, no se duda desto, pero los hizo de su hazienda,y bienes libres: pero no por esso quitò, ni pudo quitar, ni revocar el mayorazgo que èl, y su muger avian hecho, por contrato reciproco, y con facultad Real para su hija, y descendientes; y por su falta a sus deudos,ò estraños, como provamos en nuestro primero informe,desde el *num.*43.hasta 57.

139 En el mismo numero trata de las cosas que haze el diablo,y dize,que las virgines Vestales las invētò èl: a cosas del diablo,no tiene mas respuesta, que *Va de retro Sathanas.*

140 En el *num.*76. se alega el lugar de Oracio. Ya se dixo al principio deste papel, que no es aproposito, ni hiziera falta,si no se huviera puesto.

141 Con esto parece que hemos satisfecho bastantemēte a los fundamentos de la parte contraria,para exclusion de su alegacion.

Comprovaciones de las conclusiones,y proposiciones del primer Informe.

142 AVnque nos parece,que en el primer Informe se fundaron todos los principios, y fundamentos de la justicia de Don Diego Domonte y Eraso. *Sed quoniam ea est humanarum rerum inconstantia,atque varietas, & disciplinarum incertitudo,ut quod magis certum videtur, opi-*

opinionum fluctibus subijciatur; non desunt qui veritatem hanc, quamvis purissimam, contristare nitantur. Como dezia Feliciano *de censibus tom.2. lib.3.cap.2.num.9.ver. in num.17.* Se fortificaron los quatro Articulos de nuestro primer Informe.

Al Articulo primero.

143 FVe este Articulo sobre provar, que este mayorazgo es perpetuo; y provose con textos, y DD. desde el *num.*19. hasta el *num.*42. Añadimos aora, que el mayorazgo es Real: porque assi lo hizieron, y quisieron los fundadores, ibi: *Y que las haziendas, y patrimonios unidos, y vinculados, por titulo de mayorazgo, no solo se conservan, y permanecen largos siglos, mas cada dia se aumentan, y van en mayor crecimiento, &c.* Vinculan los bienes: porque permanezcan, y se conserven, y vayan en aumento, *argum. &c.*

144 Y añaden. *Y permanece la memoria de los primeros fundadores, y sus descendiẽtes tienen mas comodidad para servir a N. Señor, y a sus Reyes, y Principes, en las ocasiones q̃ se ofrecen, son mejor servidos.* En cuya consideraciõ fundan: son palabras del señor Presidente Covarrubias *lib.1.cap.15.in fine,* ibi: *Constat enim primogenium, & ibi Principibus in bello, & in pace servire, lib.3.cap.5. num.5. ver.3. Eadem opinio,* ibi: *Cum ex maioratus institutione patrimonia integra, & illæsa penes familias maximo cum Reipublicæ commodo conserventur, quæ alioquin per filiorum divisiones atenuentur, & ad nihilum exinanita reducũtur, quod minime expedit, nec familijs, nec ipsi Reipublicæ, quæ horum primogeniorum ratione viros, nobiles ac divites habet prontiores quidem in bello, & in pace serviãt, & ministrent.*

145 Y es lugar bien singular, y bien en terminos el *Conf.* 241. de Pedro Surdo, es lo vno, y lo otro, porque habla en

terminos,con textos,y DD.y razones legales,y en mayorazgo *de vezino de Sevilla*,y llamò a pocos.

146 Fue el caso,que Don Christoval Colon, que descubrio las Indias,pidio a los Señores Reyes Catolicos licencia para hazer vn mayorazgo, tuvo por motivo (el mismo que nuestros fundadores) para conservar su memoria,su Casa,y Lustre,y que los sucessores tengan mas bien con que servir a Dios,y a su Rey,como se vè,*dicto consil.* 241.*num.*16.*ver.*5.*quod Dominus*,ibi:*Vt apud posteros remaneret sui memoria perpetua, nomenque sua domus,& propagationis,& vt sui posteri,& successores essent honorati.* Y lo mismo repite *num.*48.

147 Hizo en Sevilla su testamento el año de 505. y lo confirmò en Valladolid el año de 506.refiriendo aver hecho mayorazgo, y que se guardasse. Pretendian vnos parientes, que por no aver llamado al mayorazgo, mas que a Don Diego su hijo primogenito,y a sus hijos: porque se acabaron,se avia acabado tambien el mayorazgo,pretendiendo ser limitado a solo Don Diego, y sus descendientes;y pretendian los colaterales, que era mayorazgo perpetuo,y transitorio a los transversales, y resolvio Surdo en aquel consejo,que el mayorazgo era perpetuo, fūdandose el Autor en los textos del Derecho comun,y razones en que se fundò el señor Covarrubias; y otras que referimos en nuestro primer papel.

148 Sobre este punto, si es limitado, ò perpetuo este mayorazgo, trata la parte contraria en el *cap.2. artitulo* 1.*à num.*33. Y se halla convencido con lo que le tenemos alli respondido en este papel *à num.* 69. *vsque ad* 94. y en el primero Informe *à num.*19.

Al Articulo segundo.

149 EN el primer Informe *à num.*85. provamos que este mayorazgo es perpetuo,y no revocable:añadimosle aora el mismo consejo de Pedro Surdo 241. Et rursus

aña-

añadimos, que el mayorazgo es indeleble, è infalible: porque luego que el fundador dize hago mayorazgo perpetuo, ò con solo que diga hago mayorazgo, queda fundado para todos los de su linage, hasta la fin del mundo: y aunque alli se provò esta regla, se añade aora la autoridad de Covarrubias *lib. 3. variar. cap. 5. n. 2.* Gregorio Lopez *in l. 2. tit. 15. partida 2. verbo maioria.* Antonio Gomez *in l. 40. Tauri, num. 59.* El señor Molina *lib. 1. cap. 4. n. 38.* & ibi Addit. alter Molina *de iustitia, & iure, disputat.* 588. El señor Castillo *lib. 2. cap. 22. & tomo 6. cap. 166. num. 26.* Rodrigo de Alvarado *de conіecturata mente defuncti, lib. 2. cap. 2. §. 3. n. 28.* & melius *cap. 3. §. 2. num. 7. ipse* Dominus Castillo *in postumis, cap. 36. §. primo, num. 43.* Petrus Surdus *consilio 241. num. 32.* omnino videndus.

Al Articulo tercero.

150 ESte Articulo fue para provar, que no tuvo Iuan de la Fuente Almonte, facultad para revocarlo, y despues aver referido la perpetuidad, y que la clausula vltima deroga, apaga, extingue, y aniquila a la primera, añadimos aora.

151 En nuestro primero Informe *num. 91.* diximos, que era causa publica la fundacion, y conservacion, y aumento de los mayorazgos; y lo provamos con vna especial doctrina de Gregorio Lopez *in l. 4. tit. 91. partida 5.* Aora se añade el autoridad del señor Covarrub. *lib. 1. variarum, cap. 15. num. final in fine*, ibi: *Constat enim primogenium constitui velut dignitatem quandam, vt qui eam obtinuerit caput familiæ sit eius honores præcipuos habeat, oneraque ferat, iuxta Provinciæ mores, nam & alere ex bino equo debet viros, è familia nobiles pauperes tamẽ ac titulo primogenij in agnationis gloriam, & nomen, Principibus, bello, & pace servire.* Esto mismo repitio despues *lib. 3. variarum cap. 3. ver. tertius*; y añade Andres Tiraquel.

de

de primogenitura, quæst. 71. *& omnino videndus*, Surdus *consil.* 241. *num.* 14. ibi: *Maioratum institui, vt patrimonia indivisa, integra illnsaque penes familias, maximo cũ Reipublica commodo conserventur.*

152 Desde el *num.* 136. hasta el 157. de nuestro primero Informe, se fundò, que la clausula vltima govierna la disposicion, y que la primera queda revocada; y que esto no solo procede en materias testamentarias, sino en materia de estipulaciones, y pactos; y que asi, aquella primera clausula que reservaron los fundadores, *de añadir, ò quitar, y nombrar sucessores, ambos, ò cada vno de por si, quedò revocada en la clausula vltima*, que dixeron que esto lo pudieran hazer, siendo ambos vivos: *porque muerto el vno, no avia de poder revocarlo el otro, sino que el mayorazgo quedava firme, segun, y como lo avian dispuesto.*

153 Y para comprovarla, se asienta por regla cierta, que quando ay dos clausulas encontradas, ò contrarias, la primera muere, y la segunda es quien dà vida al acto; y à esta vltima clausula se ha de estar: porque quando en ella se añade alguna cosa mas de la que estava en la primera, por solo este aditamento *queda revocada la primera*, y el acto se govierna por la disposicion de la segunda.

154 Lo qual procede en todas materias, por ser regla general del Arte, *que quando primæ dispositioni aliquid aditur vel minuitur dicitur nova dispositio, sive diversitas sit in tempore, sive in obligatione, sive in qualitate, sive alio modo substantia immutatur, l.* 1. *§. si quis simpliciter, ff. de verborum.*

155 Y la misma regla procede en las vltimas voluntades, y disposiciones testamentarias, *l. si scriptum* 67. *ff. de hæred. inst. l. si quis eum* 16. *ff. de vulgari, l. sidem servus* 14. *ff. de leg.* 2. *l. quod tradtium est* 56. *cum duab. leg. sequent. ff. de condit. & demonst.*

156 Y procede tambien esta regla en las materias judiciales, *per textum l. cum Prætor* 12. *ff. de iudic.* Pues en quitan-

tando,ò añadiẽdo alguna calidad a la juriſdicion ordinaria, *efficitur delegata*, *cap. licèt de officio ordinar. cap. cum aliquibus de reſcriptis in 6.*

157 Et etiam procedit, en las materias legales, y eſtatutarias, *leg. iux civile 6. ff. de iuſtit. & iur.* Adonde dize Vlpiano, que ſi al derecho comun le quitamos, ò añadimos algo, ya no es derecho comun, ſino otro derecho propio, y particular, ibi: *Itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus iuri communi proprium, ideſt civile efficimus.*

158 Rurſus, tambien procede la regla en materia de cõtratos, *ſtricti iuris, l. 1. §. ſiquis, & §. cum adicitur, ff. de verborum*, ibi: *Cum adicitur aliquid, vel detrahitur obligationi, ſemper probandũ eſt vitiatam eſſe obligationem.*

159 Y en contratos de buena fe, procede lo miſmo, ſegun enſeña Papiniano, ſiguiendo la doctrina de Paulo I.C. *in l. pacta conventa 72. ff. de contrahenda emptione*; adonde ſe enſeña, que ſi deſpues de celebrada vna venta en cierto precio, ſe dixere que ſea mayor, ò menor el precio; en tal caſo ſe deſtruyò, ò aniquilò el contrato primero, y ſolo ſe deve guardar eſte ſegundo: porque, ibi: *Paulus notat ſi omnibus integrè manentibus de augendo, vel diminuendo pretio rurſum convenit receſum à priori contractu, & novam emptionem interceſſiſſe videri.* Y ocurrio Acurſio *verbo novam emptionem*, diziẽdo, que la razon es, *Nam quæ poſteà fiunt prioribus derogant.* Con quien concuerda el texto *in l. ſi quam, ff. de reſcindenda venditione.*

160 Y à la razõ de Acurſio ſe añade otra mejor razon; y es del texto, y gloſſa *in cap. ſtatutum de electione, in 6. ſcilicèt*, que *accidens adveniens enti conſtituit ens in diverſa ſpecie*, Menoch. *de arbitr. lib. 1. quæſt. 11. num. 13.* Porque es cierto, que *qualitas ſuperveniens empti, reponit illud in diverſam ſpeciem.* Geronimo Gonçalez, *vt infra.*

161 Pruevaſe todo lo referido en los numeros antecedentes, con Autores, Ioan. Corraſius *in dict. l. 1. §. ſiquis ſimpliciter, ff. de verborum obligationibus*, Marco Anto-

nio Nata *conf.139.num.6.in principio tom.1. consiliorum*, Stephan. Gracianus *disceptation. forensium, cap.335 n.16. tom.2.& cap.42.num.10.tom.1.* Anton. Amato *lib.1. variarum resol.56. n.22.* Geronimo Gonçalez *in regula 8. Cancell. glos.9.num.9.&* 10. Dominus Salgado *de retentione Bullarum 2.p.cap.8.n.27.* Paz *de tenuta cap.7.n.10. & num.11.*

162 Es pues el hecho deste pleito, adequado a esta regla: porque los fundadores en la primera clausula dixeron, que a falta de Doña Maria Feliciana, y sus hijos, y descendientes; *queremos, y es nuestra voluntad, que suceda en este mayorazgo, y en sus bienes, y rentas, la persona, ò personas, obras pias, ò patronazgos que nōbraremos en nuestros testamentos, codicilo, ò codicilos, ò por escritura aparte con los llamamientos, y sostituciones, vinculos, y gravamenes, y condiciones que les pusieremos, una, ò mas vezes, revocando, ò alterando lo que en el caso referido, una vez, ò mas hizieremos, y disponiendo, y ordenando nuevamente lo que nos pareciere; para lo qual todo reservamos en nos libre facultad, assi disponiendolo ambos juntos, como qualquiera de nosotros.*

163 Esto mismo contiene la segunda clausula, y reserva, con el aditamēto *de q̄ lo han de hazer ambos a dos juntos, y no el uno sin el otro: por que muriendo qualquiera el que quedare no ha de poder usar della en manera alguna:* porque dixeron, *reservamos poderlo acrecentar, ò añadir; y ansimismo mudar, y revocar dichos llamamientos que tenemos fechos. Item, llamar, y sostituir a las personas, obras, ò lugares; corregir las condiciones, y gravamenes que avemos puesto, gravar, ò no à la dicha Doña Maria Feliciana, y à las otras personas, y sucessores, quitar, ò reformar esta fundacion, ò bolverla a hazer de nuevo, con tal que se haga por expressa, y particular disposicion, &c.*

164 De suerte que en la primera clausula ay reserva para nombrar sucessores, ibi: *Suceda la persona, ò personas, y obras*

obras pias, y patronazgos que nombramos. Lo mismo està en la segunda, ibi: *Excluir los que nos pareciere, y llamar, y sostituir a las personas, obras, ò lugares, y corregir las condiciones, &c.*

165 Tambien en la primera reservaron facultad; *para poder poner condiciones, y gravamenes*: y para revocar, y alternar vna, y mas vezes, y hazer de nuevo, ibi: *Con las divisiones, sostituciones, vinculos, y gravamenes que les pusieremos vna, y mas vezes, revocando, ó alterando lo que en el caso referido, vna vez, y mas hizieremos, disponiendo, y ordenando nuevamente lo que nos pareciere.*

166 Lo mismo està en la segunda clausula, ibi: *Y assimismo mudar, y revocar dichos llamamientos que tenemos hechos, y hizieremos, &c.* & ibi: *Quitar, ò reformar esta fundacion, ò bolverla a hazer de nuevo, &c.*

167 Y en esta clausula segunda en que se comprehende la primera, no solo en sustancia, sino *pene eadem formalitate verborum.* Añadieron, *que toda esta facultad, y reserva, la hemos de tener ambos a dos juntos, y no el vno sin el otro: porque en muriendo qualquiera de nosotros, el que quedare no ha de poder vsar della en manera alguna.*

168 Y demas deste aditamento, ay otros en la segunda, que no estàn en la primera, como es dezir, que han de poder quitar bienes, y poner otros, ò no ponerlos, y poder posponer los llamamientos de vnos a otros, *sacar los bienes que tenemos aplicados, todos, o parte dellos, assi para mejorias, y poner otros en su lugar, como para otros qualesquier efectos.*

169 Ex quibus omnibus, resulta provado en el hecho, q̃ la primera clausula, y la segunda, convienen en jactancia, y casi en vna misma formalidad de palabras, y que en la vltima clausula ay algunos aditamentos, y el mayor de todos es, que aquella clausula de poder disponer ambos, ò *cada vno de por si*, se revocò en todo, y se dixo, q̃ lo avian de poder hazer *ambos juntos, y no el vno sin el otro*; y con es-

esto quedó revocada la primera clausula.

170 Dizelo así el I.C. Pomponio *in l.2.ff.de rescindenda venditione*; adonde asienta por regla infalible, que en aviendo aditamento, ò diminucion a la primera disposicion perfecta, se destruye la primera, y nace la acion de la segunda, ibi: *Si quam rem à te emi eandem rursus, pluris minorisve emero discessimus à priori cõtractu Potest enim dum res integra est conventione nostra infecta fieri emptio, atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla praecesserit.*

171 Mientras estan los fundadores haziendo el instrumento de la fundacion, bien pueden poner vna, y otra clausula, y pueden alterar en ella lo que avian dicho en otra antecedente: porque dize el texto. *Potest enim dum res integra est conventione nostra infecta fieri emptio*: porque si lo hiziere, valdrà esta segunda clausula, *textus* ibi: *Atq; ita cõsistit posterior emptio*; como si la primera clausula no estuviera puesta, *texto* ibi: *Quasi nulla praeceserit.*

Si no nos engañamos mucho, este texto es decisivo de la materia.

172 Vlterius, añadimos nueva consideracion, y es, que si consideramos estas dos clausulas contrarias, è incompatibles, como lo son, pues en la vna dizen, que lo podrán revocar *ambos a dos juntos, como qualquiera de nosotros.* Y en la segunda, que no lo puedan hazer el vno sin el otro, ibi: *Y toda esta facultad, y reserva, la hemos de tener ambos a dos juntos, y no el vno sin el otro: porque muriendo qualquiera de nosotros, el que quedare no ha de poder vsar della en manera alguna.*

173 Entra aora la duda, qual destas clausulas ha de valer, *vtrùm* la primera, *an scilicèt* la segunda? Y es conclusion juridica, firme, y legal, que la vltima clausula vale: porque queda la primera revocada por la segunda, como lo enseña Papiniano *in l. qui testamento 38 ff. de legatis 2.* Y Pomponio *in l. si quis enim 16. ff. vulgari*, ibi: *Si quis eum quem in testamẽto suo legabit, rursus à substituto fili liberum esse*

iu-

iuserit, liber erit quasi legato adempto. Nam & in legato, & in testamentis novissima scriptura erit expectanda sicut in eodem testamento, vel testamento & codicilis confirmatis observaretur.

174 Y el mismo Papiniano *in l. si ita scriptum* 67. *ff. de haeredibus instituend.* ibi: *Secunda scriptura potior erit: potior est enim quàm prior*: y la razon es, porque la vltima clausula es mas eficaz en orden à la voluntad, como dixo alli Acursio, y tābien porque esta vltima clausula, es mas pingue en comprehension, y en voluntad, ibi: *Plenior est enim quam prior.*

175 Y todos estos textos hablan de vn mismo instrumento, como tambien el I.C. Caio *in l. non adea* 88. *ff. de conditionibus, & demōstrationibus*, ibi: *Itaque quando haeres pure dare iussus est cum id ex intervalo sub conditione legatum est posterius valet.*

176 Es buen lugar el de Peralta *in l. siquis in principio testamenti, ff. de legatis* 3. *n.* 108. ibi: *Tertia conclusio, quando secunda dispositio est contraria prima, & sic cum illa incompatibilis revocat proculdubio primam, sive pracedentem, modo ponatur post primam, illicò aut incontinēti modo ex intervalo, & sive in eadem scriptura, sive in diversis.*

177 Y aun dize el mismo Peralta, *vbi prox. n.* 99. *in fine*, estas palabras: *Si autem in eadam etiam scriptura, vel pluribus scripturis continuatis, aut coniunctim, vt est dictum, inter tales dispositiones esset repugnātia intolerabilis, & simultanea incompatibilitas, ita quod non possunt ad concordiam reduci tunc talis voluntas posterior in dubio toleret, & absolveret priorem ipso iure, etiam immediatè pracedentem, vt dixi, l. siquis cum in principio supra de vulgari.*

178 De manera que es indubitable doctrina, que la vltima clausula revoca à la primera, y la destruye, y aniquila.

179 Y no obsta dezir lo que la otra parte dize *num.* que no es de presumir que el testador se quiso enmendar, porque este es baculo de caña, pues la *l. non adea de conditionibus, & demonstrationibus* en que se funda, dize lo contrario; y porque quando las clausulas son incompatibles, ò consta de contraria voluntad, cessa esta presumpcion. Lo primero pueva el texto: y lo segundo Peralta *de legatis, in l. cum ita 33. §. in fideicommisso, nu. 2. ff. de legatis 2.*

Al Articulo quarto.

180 EN este Articulo quarto provamos *à num.* 164. que devieron los fundadores llamar a los parientes, y no llamar a estraños, y que en caso que (ab impossibile daretur) que pudiera Iuan de la Fuente Almonte revocar los llamamientos, no avia de ser excluyendo parientes, y llamando estraños, sino que precisamente avia de llamar a sus deudos, pues la facultad que tuvo fue, *para deudos vuestros, ò estraños*; añadimos aora, que se ha de guardar el orden de la letra, y que aviendo dicho en la *suplica*, que avian de fundar mayorazgo para su hija, y sus descendiētes, y a falta dellos en la persona que quisiessen, deudos suyos, ô estraños, y q̄ la facultad fue para q̄ assi se hiziera, llamando a la hija, y sus descendientes, y a falta suya a *en otras personas deudos vuestros, ó estraños*; devieron guardar la orden de la letra, y llamar a sus deudos primero que a los estraños.

181 Añadese la decision del R. P. *in cap. mādato 10. de prębendis, lib. 6.* ibi: *Scripturæ ordinem servare habebis*, & *ibi glos. litt. A*, adonde la Bula, y despacho fue, que diesse al contenido el primer Beneficio vacaturo, a provision del Obispo, ò de otra qual quiera persona. Vacaron pues dos Beneficios, vno a provision del Obispo, y otro de provision de otra persona, y queria el Obispo proveer el Beneficio que avia vacado, ad provisionem alterius, y

di-

dixo el Romano P. que no lo devia hazer el Obispo; porque avia de guardar el orden de la letra, porque la Bula dezia: *Ad collationem tuam, vel alterius*, y que primero era el *tuam*, que el *alterius*; y assi que avia de proveer el Beneficio de su provision: porque avia de guardar el orden de la letra.

182 Esta misma regla confirma la glossa de aquel texto, verbo *Ad te*, dõde dize, q̃ si la letra es *ad provisionem alterius, vel tuam*, que entõces el Obispo ha de conferir el Beneficio, que pertenece *ad alterius collationem*, y no el Beneficio que à èl le toca conferir: porque siempre se ha de guardar el ordẽ de la letra, y en esta glossa primero fue el *alterius*, que el *tuam*, y con ella se conforma el Obispo Agustin Barbosa *in collectanea, ibidem num.* 3.

183 Ad idem est textus *in cap. siquis iusto* 46. §. *verum de electione, lib.* 6. ibi: *Is qui primo in instrumento, vel literis procurationis extiterit nominatus, est etiam textus in l. siquis habens creditores* 24. *ff. qui & quibus*, ibi: *Sed qui primi sunt liberi erunt*: por cuyos textos dixeron Baldo, Paulo de Castro, y otros: *Quod ordo scripturæ designat, seu demonstrat ordinẽ voluntatis, & quod prius est in voce præsumitur principalius in intentione*; latissimè Cardinalis Mantica *de coniecturis vltimarum, lib.* 6. *tit.* 13. *num.* 11.

184 Y por doctrina de Immola dize Peralta *in l. cum ita legatur* 33. §. *in fideicommisso, nu.* 6. *de legatis* 2. *Quod siquis recipit emphytheosim pro se, & alijs de domo, vel familia sua ipse admittitur primo, deinde admittuntur alij de domo, vel familia*, que cõcurre con la doctrina de Gama *decis.* 256. *aliàs* 260. referida en nuestro primer Informe *num.* 179.

185 A esto se junta lo que alli tenemos discurrido, y que en ninguna parte se deve observar mejor el orden de la letra que en los rescriptos del Principe: por que en ellos tiene tanta eficacia, que no es possible prevertir el orden de la letra.

Por-

186 Porque en las disposiciones humanas, quando se hazen en virtud de mandato, ò rescripto, ò privilegio del Principe, es quien lo haze el Principe, no quien lo executa; dixolo el mismo Principe *in authentica exhibend. reis, § optimũ*, ibi: *Secundum iussionem nostram hoc habeant, non tanquam paternam hareditatem, sed tanquam imperialem magnificentiam.* Y en propios terminos de mayorazgo lo afirma el señor Molina *lib. 4. de primogenijs, cap. 11. nu. 64.* ibi: *Cum ipsa primogenij institutio ex Regia facultate pendeat, censetur est donatione Principis facta, &c.*

187 Y el que lo executó solo es vn desnudo Ministro de aquella volũtad del Principe, dixolo el texto *in l. licèt 15. ff. de constituta pecunia*, ibi: *Quia ministerium tantummodo hoc casu prastare videtur* (el qual no puede exceder los terminos del mandato, *l. diligenter, ff. mandati*) pues es cierto que *actus attribuitur solum ordinanti, & non exsequenti*, como enseñò Paulo Iurisconsulto *in l. item eorum 6. §. si Decuriones, ff. quod cuiusque vniversitatis nomine*, ibi: *Non enim facultas necessaria electionis propria liberalitatis beneficium est.* Y lo mismo dixo Iustiniano *in l. 2. §. omnia, C. de veteri iure enucleando.*

188 Y en el Concilio Lucdonense lo decretò assi el P. Innocencio 4. *in cap. cum aliquibus 4. de rescriptis in 6.* adonde dize, que el Canonigo recibido por el Cabildo, que le colò la prebenda por rescripto de la Sede Apostolica, està colado este Canonicato por la misma Sede Apostolica que dio el rescripto, y no por el Cabildo que lo executò, *textus*, ibi: *Is qui recipitur authoritate Apostolica, dignoscitur esse receptus*: porque es conclusion juridica, y cierta, que *actus attribuitur ordinanti, & non exequenti*, Petrus Surdus *decis. 182. num. 16. & decis. 262. num. 9.* Carolus Ruino *consil. 1. volumine 1. num. 1.* Y concluyen todos los Doctores, que la execucion hecha en virtud de mandato, permission, ò rescripto, ò indulto del Principe,

se tiene por hecha, y ordenada del mismo Principe. Tiraquelo *de retractu*, §.11. *glos.6.num.15.* Menochio *de arbitrarijs casu 200.num.9.* Augustin Barbosa *in collectan. in dicto cap.cum aliquibus num.8.*

189 Vnde, aviendo dicho la facultad del Principe: *A falta dellos, en la persona, ò personas deudos vuestros, ò estraños*, se ha de guardar la orden de la letra, y la iusion del Principe, llamando primero a los deudos antes que a los estraños, & ideò, aunque huviera facultad de revocar, no pudiera hazerlo para estraños, sino que avia de llamar à sus deudos, *propter gradus præscriptos.*

190 Y es de tanto peso la orden de la letra, que dize Socino (referido por Mantica, vbi supra) *consil. 71.num. 16. volum. 1.* que *si ex duobus equis meis vnum lego Hospitalaris, & alium Prædicatoribus*, que en este caso *Hospitalari præferendi sunt in electione, quia prius sunt nominati.*

191 Supuesto pues que el Principe tiene tanta influencia en esto, por emanar de su voluntad, y rescripto el mayorazgo; y que no se ha de mirar, como *Paternam hæreditatem, sed tamquam Imperialem magnificentiam.* Como dixo el Emperador Iustiniano *dicto § optimum*; y que quando se haze el mayorazgo en virtud de facultad Real, se ha de mirar, como donacion de Principe, *ex donatione Principis facta*, como enseña el señor Molina *dicto cap. 11. num. 64.* y el Principe quiso que se hiziera este mayorazgo para Doña Maria Feliciana, y sus hijos, y descendientes, y a falta dellos para otras personas *deudos vuestros, ò estraños.* Se ha de guardar esta forma, y esta orden de letra, y devieron llamar a los deudos, y no pudieron llamar a estraños, &c.

192 Y lo que es mas, que vna vez fundado el mayorazgo, no pudieron los fundadores excluir à los deudos, y llamar a estraños, pues de la suerte que no pudieron hazer mayorazgo, sino es llamando a Doña Maria Feliciana su

hija, y descendientes, assi vna vez hecho no pudieron dexar de llamar a sus deudos a falta de los dichos descendiẽtes, y despues a los estraños. Quien lo dixo? Papiniano *in l. cum pater 79. §. à te peto marite, ff. de leg. 2.* A donde dize, que la muger le dixo a el marido: si tuviereis hijos dexaldes la heredad, y si no los tuviereis dexalda a vuestros parientes, ò a los mios. Dize el Consulto que no ay eleccio, sino forma, y que assi ha de dexarla a los primeros llamados, y luego a los segũdos, ibi: *Non esse datam electionem, sed ordinem scripturæ factã substitutionem respondi.*

193 Y lo cõprueva el señor Molina *de primogenijs lib. 4. cap. 11. num. 64.* Que dize. *quia censetur namque, Princeps donare illud super quod suam authoritam interponit.*

194 Mayormente en esta materia de mayorazgos, tan previlegiada, y de tanta conveniencia a la causa publica; como tenemos dicho *supra num. 144 y num. 145 & 151.* por doctrina del señor Presidente Covarrub. Surdo, Gregorio Lopez, y otros, y que atropella su conservaciõ qualquiera disposicion legal que se quiera considerar para aniquilar, ò para no constituir el mayorazgo, por consistir su conservacion en la causa publica, ò esta, ò su mayor parte, en la duracion de los mayorazgos, como enseña el señor *Don Pedro Gonçalez de Salcedo*, Alcalde de Casa y Corte, digno de ocupar mayores puestos, en aquel portento lo tratado, hecho en defensa de la Monarquia Española, que intitulò *Examẽ de la Verdad*, en respuesta a los tratados de los derechos de la *Reina Christianissima*, adonde con razones Legales, Politicas, y Christianas, venciò las falacias del Manifiesto Frances, *in §. 1. vers.* A vista destas acciones, *fol. mihi 37. n. 44 & 45.* ibi: *Principalmẽte segun la costũbre, y practica de España, adonde es recibido, y assentado valgan las renunciaciones hechas por las hijas de las legitimas en sus padres, particularmente en favor de los hijos, sin que se admita contra ellas reclamacion por la conveniencia de la conservaciõ de la memoria, y familia: atẽ-*

dien-

diendose a esta causa, aun entre personas particulares, sin mirar el perjuizio que se puede seguir al renunciante a sus herederos, ni otra alguna razon, como assientan quantos Autores Españoles escriven en esta materia. Y en el §. 4. *num. 3. vers. Y aunque renuncian à favor de la familia, no se tiene consideracion a èl para su valor, y firmeza, sino a la conveniencia publica que prepondera.*

195 Y mas expressamente este *doctissimo, y nobilissimo* Autor, *& summa iuris, & veritatis notitia plenus, in §. 7. n. 36 & seqq.* que dize assi, ibi: *Y aunq̃ pudieramos apoyar esta razon sumamente publica en el principio, de que en todos los Reinos, Dominios, y Estados del mundo, y principalmente de los de Europa, se han tenido como biẽ universal las fundaciones de fideicommissos, y mayorazgos familiares, para la conservaciõ de la nobleza, y lustre: y la acepcion aprovada de que son justos los que con particular providẽcia, se dispone, que el posseedor aya de vsar, y traer como principal, el timbre, y armas señalado, y elegido por el fundador, por ser este el medio que las gentes tuvieron por mas legitimo para la perpetuidad del honor.*

196 Y no se podrà dezir, que aviamos dicho que los fundadores vsaron de las leyes destos Reinos, quando fundaron, y tan solamente la facultad Real, en quanto fuera necessario.

197 Porque se responde, que a nadie le es prohibido vsar de dos, ò muchos medios, remedios, y derechos, *l. nemo ex his 43. ff. de reg. iur. l. in delict. 4. §. si detracta, ff de noxal. action. l. quod in harede 9. §. eligere, ff. de institutor. action.* ibi: *Planè si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio audiẽdus erit.* Y assi si no bastã las razones nacidas de la fundacion de las leyes del Reino, se añaden las razones de los efectos que nacen de la facultad Real.

198 Ni tampoco la claususla que en la facultad Real se le concede a Iuan de la Fuẽte Almonte, porque todo quedò re-

reducido al pacto de los dos fundadores, en aquellas dos claufulas tan repetidas.

199 Ni haràn obſtancia algunos textos que ſe pudieran induzir para argumentar, porque no tratamos de oſtētar ſoluciones de antinomias en lo eſpeculativo, ſino ſolo de repreſentar con razones ſolidas, y firmes del derecho comun Romano, y del derecho del Reino, y doctrinas de los Padres de la juriſprudencia Eſpañola, ſiguiendo lo que es cierto, y legal; procurando excluir fundamentos aparentes, y razones frivolas, que tienē mas de eco, y ſonido, que de ſuſtancia.

200 Y nos parece, q̄ ſolamente hemos repreſentado el ſolido, y firme derecho de Don Diego Domonte y Eraſo, que confia ſe ha de confirmar la ſentencia del Ordinario, en la forma que lo tiene pedido. **Salva in omnibus DD. V.S. Calendas Septembris 1668.**

Doct. Don Iuan Oliver.

126

otro el año de 39. quando tenian dos hijas, para que qualquiera de las dos pudiesse fundar mayorazgo, ò mayorazgos en qualquiera, ò en ambas sus hijas, en virtud de la facultad de su Magestad que tienen, su data de 11. de Iunio de 1638.

Porque es tan frivolo como lo demàs, pues quedò revocado este poder morte mandantis, *l. si defunct. ff. de procurat. l. mandatum 15. C. mandati.* Y porque el mandato queda revocado, cessando la causa porque se diò, *text. expres. in cap. si pauper. 30.* ibi: *Cum cesset causa mandati de cætero non tenetur, de Prœbend. lib. 6. & ibi gloss. verbo cesset*, Tiraq. *in tract. de cessant. causa, part. 1. nu. 180.* Molin. *de procurat. p. 3 cap. 4. num. 57.* Episcop. Aug. Barbors. *in collectan. dict. cap. pauper.* Num. 163.

Y assi Iuan de la Fuente Almonte viendo que se avia extinguido el poder por estas razones, y que tambiẽ avia espirado la facultad, por aver quedado vna hija vnica, ni vsò del poder; antes dixo aver muerto su muger abintestato, y pidiò la herencia de su muger, y hija abintestato, para si. Num. 164.

Y ambos viendo, que por la muerte de vna hija avia espirado la facultad Real por aver quedado vnica, pidieron otra facultad a su Magestad en el año de 42. diziendo, no tenian mas que vna hija vnica, y que querian vincular su hazienda, y se les concediò, y en virtud della fundaron el mayorazgo, de que oy se trata, con clausula de que no lo pueda revocar el vno sin el otro. Num. 165.

Pues para que se introduce cosa tan frivola en pleyto de tanta seriedad, pues la facultad anterior del año de 38. quedò revocada por su naturaleza, y porque los fundadores ganaron otra de nuevo, y quando el poder tambien quedò revocado? y assi lo entendiò Iuan de la Fuente Almonte, pues pidiò la herencia abintestato, y no vsò del poder. Num. 166.

Ex quibus omnibus prueba Don Diego Domonte y Num. 167.

Eraso el derecho que tiene a este mayorazgo, sin que se pueda ofuscar su justicia por las alegaciones, y defensas hechas por la parte contraria. Y assi se espera saldrà la determinacion en favor del dicho D.Diego. Salva in omnibus DD.V.C. Hispali pridie Id.Iunij Ann.1670.

Aunque se deseò se pusiessen muchas clausulas, y instrumentos à la letra, no se pudo conseguir, por no dilatar con Articulos la vista, y conclusion deste pleito, por cuya causa se suplica a V.S. mande se lea el proemio de la fundacion, y las clausulas que vàn citadas: porque se halla diferencia entre la letra original, y la recolleccion de las palabras en el Memorial.

Doct. Don Iuan Oliver.